

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La coopération dans les secteurs spéciaux à la lumière des nouvelles directives

Heine, Magali; Schutyser, Barteld; Van Melsen, Renaud

*Published in:*

Revue du droit des industries de réseau

*Publication date:*

2015

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Heine, M, Schutyser, B & Van Melsen, R 2015, 'La coopération dans les secteurs spéciaux à la lumière des nouvelles directives', *Revue du droit des industries de réseau*, Numéro 3, p. 283-298.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# La coopération dans les secteurs spéciaux à la lumière des nouvelles directives

Magali HEINE<sup>1</sup>

Barteld SCHUTYSER<sup>2</sup>

Renaud VAN MELSEN<sup>3</sup>

## TABLE DES MATIÈRES

1. Introduction	283
2. Entités soumises à la passation de marchés publics	284
3. Les mécanismes de coopération publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne	285
3.1. L'attribution in house ou en quasi-régie	285
3.2. Le régime particulier des opérations « intra-groupe » dans les secteurs spéciaux	291
3.3. Vers une coopération publique horizontale	291
4. La coopération publique dans les nouvelles directives européennes	293
4.1. L'attribution in house et les rapports intra-groupe	293
4.2. La coopération horizontale	295
5. Conclusion	298

de la notion de marché public, en appelant à l'effet utile des directives en la matière<sup>4</sup>.

Cette conception extensive l'a amenée à affirmer la soumission de principe des contrats conclus entre entités publiques au droit de la commande publique<sup>5</sup>, emportant l'interdiction de confier des prestations relevant de son champ d'application à une personne publique tierce sans mise en concurrence préalable<sup>6-7</sup>. L'optique retenue a suscité un vif émoi, dénonçant une atteinte à l'organisation des services publics auxquels les actuels articles 14, 106, § 2, et 345 du T.F.U.E. reconnaissent pourtant une certaine autonomie<sup>8</sup>.

Rapidement, la Cour a été confrontée aux conséquences de sa décision et a progressivement dégagé des tempéraments en vue d'éviter que le droit des marchés publics ne se mue en vecteur de privatisation qu'il n'a pas vocation à être<sup>9</sup>.

## 1. Introduction

**1. Contexte.** – La Cour de justice a développé une interprétation autonome et particulièrement extensive

1. Assistante à l'Université Saint-Louis  
Avocate au barreau de Bruxelles
2. Avocat au barreau de Bruxelles
3. Assistant à l'Université de Namur  
Avocat au barreau de Bruxelles
4. C.J.U.E., 11 décembre 2014 (Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino » e.a.), C-113/13, pt. 51. Voir également C.J.C.E. (gde ch.), 13 avril 2010 (Wall), C-19/13, pt. 48; C.J.C.E., 11 janvier 200 (Stadt Halle et RPL Lochau), C-26/03, pt. 44; C.J.C.E., 13 décembre 2007 (Bayerischer Rundfunk e.a.), C-337/06, pts. 38 et 39; C.J.U.E., 11 septembre 2014 (Fastweb), C-19/13, pt. 65.
5. Ces obligations résultent tant du droit dérivé, s'agissant des marchés publics et des concessions, que du droit primaire pour les opérations présentant un intérêt transfrontalier certain qui n'y sont pas soumises (voir *infra*, n° 7).
6. C.J.C.E., 18 novembre 1999 (Teckal), C-107/98, pt. 51 et concl. Av. gén. COSMAS (« la directive 93/36 est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non » (nous soulignons). Cette jurisprudence s'est traduite dans les directives ultérieures, qui définissent l'opérateur économique auquel un marché public est confié de manière à y inclure les autres pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices.
7. Sur la faculté d'organismes publics subventionnés de concourir à l'obtention de marchés publics, voir not. C.J.C.E., 7 décembre 2000 (ARGE), C-94/99, pts. 25 à 31 et concl. Av. gén. LEGER, pts. 99-128; C.J.U.E., 23 décembre 2009 (CoNISMa), C-305/08, pts. 32 à 44; C.J.U.E., 18 décembre 2014 (Data Medical Service), C-568/13; C.E., 27 février 2002, I.G.R.E.T.E.C., n° 104.014; C.E., 10 février 2009, n.v. Van Gansewinkel, n° 190.341, pt. 12 *in fine*; Ph. FLAMME, « L'application concrète du droit des marchés publics à la problématique concernée : le point de vue du praticien », *Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen. Contractualisation, mise en concurrence, marché public et exception « In house »*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 20-24, n° 22 à 27.
8. Voir not. A.-L. DURVIAUX et N. THIRION, « Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire », J.T., 2004, p. 26, n° 44-47; D. YERNAULT, « L'État et la propriété. Le droit public économique par son histoire (1830-2012) », Bruxelles, Bruylant, 2013, spéc. pp. 36, 793-796 et 845-854.
9. Le lien entre privatisation et application du droit des marchés et contrats publics avait déjà été relevé par l'Avocat général LA PERGOLA dans ses conclusions précédant l'arrêt *BFI Holding* (10 novembre 1998, C-360/96) : « La création d'ARA en lui confiant les tâches accomplies auparavant par les communes répond donc à l'intention de regrouper les services en question, plutôt que de les confier à un tiers et les soustraire ainsi au domaine de compétence des communes » et « Nous sommes face à une forme de délégation intercommunale qui ne sort pas de la sphère administrative des communes, lesquelles en confiant à l'ARA les activités en question n'ont en aucune façon eu l'intention de privatiser les fonctions qu'elles assumaient auparavant dans ce secteur » (pts. 36 et 38, souligné par l'auteur). Voir également les conclusions – contraires – de l'Avocat général KOKOTT précédant l'arrêt *Parking Brixen* (13 octobre 2005, C-458/03), évoquant une privatisation « en catimini » et « un début de privatisation forcée de ces missions » (pts. 68 et 70, souligné par l'auteur); A.-L. DURVIAUX, « Les relations in house : un pas de plus dans une direction délicate », obs. sous cet arrêt, A.P.T., 2006, p. 108, n° 1; Ph. QUERTAINMONT, « Avant-propos », *Les modes de coopération des services publics...*, op. cit., 2008, pp. 20-24, n° 22 à 27; D. YERNAULT, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public », *Rev. dr. U.L.B.*, 2006, pp. 67-205, spéc. pp. 70, 97, 104 à 107, 114 à 120, 135-136 et 190.

**2. Les transactions intra-groupe dans les secteurs spéciaux.** – La situation se présente cependant sous un jour particulier dans les secteurs dits spéciaux de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, eu égard à l'exemption des opérations entre entreprises liées qui y a cours<sup>10</sup>.

Sont en effet soustraites aux règles d'attribution concurrentielle des marchés publics les opérations passées dans ces secteurs entre entités dont l'une exerce, fut-ce avec d'autres, une « *influence dominante* » sur l'autre ou soumises à une même influence d'un tiers, pour autant que la personne chargée de ces missions réalise un volume d'activité minimal au sein du groupe.

Ce régime, sur les contours duquel nous reviendrons, a sans doute inspiré l'exception *in house* qui s'est développée dans les secteurs dits classiques mais à des conditions sensiblement plus strictes.

**3. L'émergence des exceptions de coopération publique dans les secteurs classiques.** – Le célèbre arrêt *Teckal* a ouvert la voie en précisant qu'une collectivité territoriale échappe à l'obligation de mise en concurrence lorsqu'elle exerce sur l'attributaire un contrôle analogue à celui prévalant à l'égard de ses propres services et que celui-ci réalise l'essentiel de son activité avec elle. Ces conditions ont été affinées dans une mesure variable par nombre d'arrêts ultérieurs.

Cette jurisprudence naissante ne suffisait toutefois pas à mettre à l'abri toutes les formes de coopération existantes. La Cour de justice fut également saisie par la Commission européenne de l'admissibilité d'une opération par laquelle quatre collectivités territoriales confiaient leurs déchets à une autre en vue de leur traitement, sans qu'aucune n'exerce de contrôle sur ses partenaires contractuels.

Par un arrêt rendu en grande chambre sur conclusions contraires de l'avocat général, elle étendit l'exemption

aux coopérations tendant à la réalisation de missions communes de service public<sup>11</sup>, dont la portée a été précisée par d'autres décisions.

Les nouvelles directives<sup>12</sup> ont donné une assise légale à ces exceptions, confirmant pour l'essentiel la jurisprudence antérieure tout en précisant certains aspects.

**4. Objet de l'analyse.** – Le champ d'application de ces exceptions a déjà fait l'objet de commentaires abondants et d'analyses fouillées auxquels nous nous permettons de renvoyer<sup>13</sup>.

La présente contribution s'attachera plus particulièrement à leur réception dans les secteurs spéciaux, en voie de libéralisation et marqués par une scission horizontale et verticale des missions<sup>14</sup>. Elle examinera les régimes de l'attribution *in house* et de coopération horizontale (3.) à la lumière des spécificités de ces secteurs et des modifications apportées par les nouvelles directives (4.), qui font coexister celles-ci avec l'exclusion des opérations intra-groupe. Il s'impose néanmoins au préalable, par souci de clarté, de rappeler brièvement les notions tenant au champ d'application personnel de la réglementation en matière de marchés publics (2.).

## 2. Entités soumises à la passation de marchés publics

**5. Notions.** – Dans les secteurs classiques, la réglementation s'applique essentiellement à des pouvoirs adjudicateurs. Cette notion recouvre, outre les collectivités publiques classiques, les « *organismes de droit public* » qui s'entendent, indépendamment de leur forme publique ou privée<sup>15</sup>, d'organismes dotés de la personnalité juridique, chargés de pourvoir à des besoins d'intérêt général autres que commerciaux ou industriels et soumis au contrôle d'autres pouvoirs adjudicateurs par le biais d'un financement majoritaire, de la désignation d'une majorité des membres de l'or-

10. Voir *infra*, nos 22 à 25.

11. C.J.C.E. (gde ch.), 9 juin 2009 (Commission c. Allemagne), C-480/06, pts. 37 à 48 et concl. Av. gén. MAZAK.

12. Il s'agit des directives 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (ci-après la directive 2014/24) et 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (ci-après la directive 2014/25), abrogeant respectivement les directives 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (ci-après la directive 2004/18) et 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (ci-après la directive 2004/17).

13. Voir not. C. DUBOIS, « To be or not to be « *In house* » ? Observations relatives à l'exception « *In house* » après l'arrêt *Carbotermo* », C.D.P.K., 2007, pp. 213-240 ; du même auteur, « Un « *petit* » arrêt et puis s'en va ? La Cour de justice précise et renforce les conditions de la coopération contractuelle entre personnes publiques », M.C.P., 2014, pp. 261-266 ; C. DUBOIS et I. VAN KRUCHTEN, « Réorganisation administrative et « *In house* »... Pour qui sonne le glas ? À propos de deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes », note sous C.J.C.E. (gde ch.), 9 juin 2009 (Commission c. Allemagne), C-480/06, C.D.P.K., 2011, pp. 96-107 ; A.-L. DURVIAUX, op. cit., A.P.T., 2006, pp. 108-118 ; G. ERVYN, « Les « *contrats de coopération publique* » : une nouvelle exception à l'application des marchés publics ? », obs. sous C.J.C.E. (gde ch.), 9 juin 2009 (Commission c. Allemagne), C-480/06, J.L.M.B., 2010, pp. 1788-1797 ; E. GILLET et C. DUBOIS, « L'organisation des pouvoirs publics et la jurisprudence communautaire – Quelques échos récents relatifs à l'exception « *In house* » et à la coopération locale », *Rev. dr. commun.*, 2011, pp. 12-22 ; P. NIHOUL, « La notion de « *marché public* » : éléments transversaux et matériels », M.C.P., 2011, pp. 10-20 ; B. SCHUTYSER et K. MICLOTTE, « De rechtspraak inzake *In house-opdrachten* : nog eens over verzelfstandigings- en samenwerkingsoverheidsopdrachten », *De gunning van overheidsopdrachten*, note sous C.J.U.E., 29 novembre 2012 (Econord, T. Gem.), C-182/11 et C-183/11, 2013, pp. 136-146 ; F. VANDENDRIESSCHE et Ph. DE KEYSER, « Toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten », *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, Die Keure, 2009, pp. 191-199.

14. OCDE, « La réforme de la réglementation dans les industries de réseau : enseignements à tirer et problèmes actuels », *Perspectives économiques de l'OCDE, Volume 2000 Numéro 1*, OECD Publishing, 2000, pp. 167 et s.

15. Voir not. C.J.C.E., 13 janvier 2005 (Commission c. Espagne), C-84/03, pt. 28 (« le statut de droit privé de cette entité ne (constitue) pas un critère susceptible d'exclure à lui seul [la] qualification de pouvoir adjudicateur »).

gane de direction ou de surveillance ou d'un contrôle de gestion<sup>16</sup>.

Dans les secteurs spéciaux, le champ d'application de la directive<sup>17</sup> se définit par référence à la notion d'entité adjudicatrice, qui comprend les pouvoirs adjudicateurs actifs dans ces secteurs, mais également les entreprises publiques, soumises à contrôle de pouvoirs adjudicateurs du chef d'une participation financière majoritaire ou d'une présence dominante dans l'organe dirigeant ou de surveillance, indépendamment de la nature des besoins auxquels elles sont chargées de pourvoir, et dans une mesure moindre<sup>18</sup>, les personnes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs<sup>19</sup>.

### 3. Les mécanismes de coopération publique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

**6. Structure.** – Seront examinés successivement l'attribution *in house* proprement dite, d'origine préto-rienne<sup>20</sup> (3.1.), puis le régime particulier des rapports au sein d'un groupement économique dans les secteurs spéciaux (3.2.) et, enfin, les conditions de la coopération publique horizontale (3.3.).

### 3.1. L'attribution *in house* ou en quasi-régie

**7. Fondement.** – La Cour a admis, dans les secteurs classiques, que les contrats entre pouvoirs adjudicateurs échappent à l'application de principe des règles de mise en concurrence à la *double condition*<sup>21</sup> que l'entité attribuant l'opération exerce sur l'attributaire un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que celui-ci réalise l'essentiel de ses activités avec la ou les autorités qui le détiennent<sup>22</sup>.

Cette exclusion et ses conditions procèdent de l'idée qu'en l'absence d'autonomie de l'attributaire, il ne saurait être question d'un contrat propre à une attribution soumise à concurrence, même si cette entité formellement distincte est dotée de la personnalité juridique<sup>23</sup>. En d'autres termes, celle-ci est dépourvue de la qualité de tiers à l'égard du pouvoir adjudicateur qui la contrôle et l'opération doit dès lors être assimilée à une réorganisation interne échappant à toute mise en compétition<sup>24</sup>.

S'il s'est initialement développé dans le cadre du droit dérivé des marchés publics, ce raisonnement a été étendu aux concessions de services<sup>25</sup> qui, jusqu'il a

16. Voir les articles 1<sup>er</sup>, 9, de la directive 2004/18 et 2, 1.1 et 1.4, de la directive 2014/24 ainsi que les articles 2, 1<sup>er</sup>, et 12 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après la loi du 15 juin 2006). Sur ces notions, voir not. C. DUBOIS et I. VAN KRUCHTEN, « À la recherche – ou à la poursuite – des organismes de droit public... Essai d'une grille d'analyse au regard de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », C.D.P.K., 2009, pp. 585-605 ; A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 131-165 ; F. VANDENDRIESSCHE et Ph. DE KEYSER, *op. cit.*, 2009, pp. 83-119.

17. Cette terminologie diffère dans la loi du 15 juin 2006 qui restreint la notion d'entité adjudicatrice à la troisième catégorie d'opérateurs, privés (voir l'art. 2, 3<sup>e</sup>, de la loi).

18. Voir les art. 60 et 62 de la loi du 15 juin 2006.

19. Voir les art. 2, § 1<sup>er</sup> et 2, de la directive 2004/17 et 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, 3 et 4, de la directive 2014/25 ainsi que les art. 44, 60 et 72 de la loi du 15 juin 2006. Les droits exclusifs ou spéciaux s'entendent « des droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité [relevant des secteurs spéciaux] et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité » (art. 4, § 3, de la directive 2014/25 ; voir également art. 2, § 3, de la directive 2004/17 et 2, § 3, de la loi du 15 juin 2006). Sur cette notion, voir les considérants 25 de la directive 2004/17 et 20 de la directive 2014/25 ainsi que la fiche explicative de la Commission européenne du 18 juin 2004 relative à la « [d]éfinition des droits exclusifs ou spéciaux » (CC/2004/33 FR).

20. Si ce régime s'est développé sur la base d'une interprétation de la notion de marché public, plus particulièrement de sa dimension conventionnelle, celle-ci ne s'imposait pas d'évidence.

21. Ces deux conditions ne sont cependant pas sans lien, la Cour ayant considéré qu'« une entreprise n'est pas nécessairement privée de liberté d'action du seul fait que les décisions la concernant sont contrôlées par la collectivité qui la détient, si elle peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs » (C.J.C.E., 11 mai 2006 (Carbotermo et Consorzio Alisei), C-340/04, pt. 61). Sur cette question, voir plus avant *infra*, n° 14.

22. C.J.C.E., 18 novembre 1999 (Teckal), C-107/98, pt. 50 et concl. Av. gén. COSMAS.

23. Voir not. concl. Av. gén. COSMAS précédant l'arrêt Teckal précité, spéc. pts. 53 et 59 à 60 (« il faut que le cocontractant du pouvoir adjudicateur, le fournisseur, ait effectivement la qualité de tiers par rapport à ce pouvoir, c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'une personne distincte de celui-ci ») ; concl. Av. gén. LEGER préc. l'arrêt ARGE (C-94/99), pts. 49, 50 et 54 (« Le rapport juridique de type contractuel unissant le prestataire de services et le destinataire du service suppose que soient mises en présence deux personnes juridiques investies, comme telles, de la capacité de s'engager par l'expression d'une volonté libre. Par suite, le prestataire de services doit présenter certaines caractéristiques témoignant de ce que, dans l'exercice de son activité économique, il agit de manière suffisamment autonome par rapport à l'autorité publique qui le sollicite ») ; C.J.C.E., 11 janvier 2005 (Stadt Halle et RPL Lochau), C-26/03, pts. 48 et 49.

24. Soit une mise en régie, par laquelle l'opération est réalisée par les services propres (non personnalisés) du pouvoir adjudicateur (Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 40, n° 25), raison pour laquelle l'attribution *in house* assimilée est souvent désignée comme « quasi-régie ».

25. C.J.C.E. (gde ch.), 21 juillet 2005 (Coname), C-231/03, pt. 26 (impl.) ; C.J.C.E., 13 octobre 2005 (Parking Brixen), C-458/03, pts. 60 à 62 ; C.J.C.E., 6 avril 2006 (ANAV), C-410/04, pt. 24 ; C.J.C.E., 13 novembre 2008 (Coditel Brabant), C-324/07, pt. 26 ; C.J.C.E., 10 septembre 2009 (Sea), C-573/07, pts. 35 à 37 (précisant que « cette jurisprudence est pertinente tant pour l'interprétation de la directive 2004/18 que pour celle des articles 12 CE, 43 CE et 49 CE ainsi que des principes généraux dont ils constituent l'expression spécifique ») ; C.J.U.E. (gde ch.), 19 décembre 2012 (Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.), C-159/11, pt. 24. Assez étrangement, la Cour a commencé par relever que « l'application des articles 12 CE, 43 CE et 49 CE, ainsi que des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence qui y sont associés, ne dépend pas de l'existence d'un contrat. Par conséquent, les considérations développées dans la jurisprudence (Teckal et Stadt Halle) ne s'appliquent pas automatiquement aux dispositions du traité ni à ces principes » avant d'admettre une application par analogie aux motifs qu'« il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics [ni partant] de concessions de services publics au cas où une autorité publique accompli les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans faire appel à des entités externes » (C.J.C.E., 13 octobre 2005 (Parking Brixen), C-458/03, pts. 60 et 61). S'il est exact que les règles du droit primaire ne supposent pas l'existence d'un lien contractuel, il n'en demeure pas moins qu'une concession de services implique la conclusion d'un contrat. Soumettre les deux opérations à des régimes différents conduirait à la situation paradoxale de soumettre à des exigences plus strictes les opérations conventionnelles non régies par le droit dérivé (voire d'imposer une obligation de mise en concurrence en marge de celui-ci pour les opérations qui en relèvent, certains considérant que le droit primaire s'impose outre le respect des directives (voir concl. Av. gén. STIX-HACKL préc. C.J.C.E. (gde ch.), 21 juillet 2005 (Coname), C-231/03, pt. 67)).

peu<sup>26</sup>, étaient soumises uniquement au droit primaire de l'Union<sup>27</sup> lorsqu'elles présentaient un intérêt transfrontalier certain<sup>28</sup>.

**8. Interprétation stricte.** – S'agissant d'une exception, les conditions de l'attribution en quasi-régie doivent s'entendre strictement<sup>29</sup>.

Cette circonstance a amené dans un premier temps la Cour à confiner cet aménagement dans des limites particulièrement étroites avant d'assouplir progressivement son approche d'une manière rendant mieux compte des réalités de la coopération entre pouvoirs adjudicateurs<sup>30</sup>.

Le caractère d'exception de ce régime continue néanmoins à prévaloir et s'oppose à toute interprétation extensive<sup>31</sup>.

### 3.1.1. L'exigence du contrôle analogue

**9. Observations liminaires.** – Les décisions qui ont suivi l'arrêt *Teckal* sont venues affiner les contours de cette exigence, non sans évolution, en précisant ce que recouvrait la notion de contrôle analogue.

Les éléments saillants de cette jurisprudence peuvent être synthétisés comme suit.

#### a. Préceptes directeurs

**10. Un coup d'arrêt : l'exclusion des entités d'économie mixte.** – La Cour a rapidement considéré que l'exception de quasi-régie ne permet pas l'attribution directe de marchés publics à des entités comportant des participations privées, même minimales, celles-ci excluant « en tout état de cause » l'existence d'un contrôle suffisant<sup>32</sup>.

Cette interdiction, qui s'est imposée dans la jurisprudence ultérieure<sup>33</sup>, repose sur deux ordres de considé-

ration. En premier lieu, les entités d'économie mixte impliquent, selon la Cour, une confusion des intérêts qui empêche l'autorité adjudicatrice, même en position majoritaire, de les diriger exclusivement en fonction d'impératifs d'intérêt public, à la différence de ses propres services. Cette appréciation, fondée sur une conception étanche et rudimentaire des intérêts en présence, n'emporte guère notre conviction. D'une part, elle se concilie mal avec la circonstance, pourtant communément admise<sup>34</sup>, que des services d'intérêt général peuvent également être assurés par des opérateurs privés. D'autre part, des autorités publiques peuvent poursuivre, au sein d'une structure commune, des fins d'utilité publique qui ne coïncident pas nécessairement<sup>35</sup> sans pour autant anéantir la perspective d'un contrôle analogue<sup>36</sup>.

Sans doute faut-il trouver dans la volonté de prévenir les fraudes, qui sous-tend le second motif, la justification ultime de l'exclusion de toute participation privée. L'on n'aperçoit cependant pas comment, sauf circonstances particulières dénotant une intention caractérisée, la prise d'une participation minimale dans une entité chargée de la réalisation d'un marché public pourrait s'apparenter à une véritable obtention d'un tel contrat, en particulier lorsque l'attributaire n'est pas spécialement constitué en vue de celle-ci<sup>37</sup>.

S'est également posée la question de savoir à quel moment cette condition doit s'apprécier. D'évidents impératifs de sécurité incitaient à s'en tenir, sauf circonstances exceptionnelles<sup>38</sup>, à la date de conclusion de l'opération exemptée.

La Cour a pourtant considéré dans un premier temps que la perspective d'une « ouverture obligatoire (...) à court terme, à d'autres capitaux »<sup>39</sup> et même toute ouverture ultérieure à des participations privées en cours de contrat pouvaient ébranler l'existence d'un

26. Une nouvelle directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession a cependant été adoptée le 26 février 2014, dont les dispositions doivent également être transposées au plus tard le 18 avril 2016. Sur cette directive, voir not. P. NIHOUL et T. BOMBOIS, « Les nouvelles directives marchés publics et concessions », *J.D.E.*, 2015, pp. 47-49.

27. Voir not. C.J.C.E., 7 décembre 2000 (Telaustria et Telefonadress), C-324/98, pt. 60 ; C.J.C.E. (gde ch.), 21 juillet 2005 (Coname), C-231/03, pt. 16 ; C.J.C.E., 13 octobre 2005 (Parking Brixen), C-458/03, pt. 46.

28. C.J.C.E., 17 juillet 2008 (ASM Brescia), C-347/06, pts. 58 et 59 ; C.J.U.E., 14 novembre 2013 (Belgacom), C-221/12, pt. 28 ; C.J.U.E., 6 novembre 2014 (Cartiera dell'Adda), C-42/13, pt. 47.

29. Voir not. C.J.C.E., 11 janvier 2005 (Stadt Halle et RPL Lochau), C-26/03, pt. 46, et concl. Av. gén. STIX-HACKL, pt. 56 ; C.J.C.E., 6 avril 2006 (ANAV), C-410/04, pt. 26 ; C.J.U.E., 8 mai 2014 (Datenlotsen Informationssysteme), C-15/13, pt. 23 et concl. Av. gén. MENGGOZZI.

30. Sur cette évolution, voir également B. SCHUTYSER et K. MICLOTTE, *op. cit.*, *T. Gem.*, 2013, pp. 137-142, n° 9-22.

31. Voir not. C.J.U.E., 8 mai 2014 (Datenlotsen Informationssysteme), C-15/13, pts. 23 et 30 et concl. Av. gén. MENGGOZZI, spéc. pt. 38.

32. C.J.C.E., 11 janvier 2005 (Stadt Halle et RPL Lochau), C-26/03, pts. 49 à 51, sur concl. contraires Av. gén. STIX-HACKL (voir spéc. pt. 70).

33. Voir not. C.J.C.E. (gde ch.), 21 juillet 2005 (Coname), C-231/03, pt. 26 ; C.J.C.E., 6 avril 2006 (ANAV), C-410/04, pt. 31 ; C.J.C.E., 10 septembre 2009 (Sea), C-573/07, pt. 46.

34. Voir not. C.J.C.E., 10 avril 2008 (Ing. Alner), C-393/06, pts. 39 et 40 (« Il est à cet égard indifférent que de tels besoins soient également satisfaits ou puissent l'être par des entreprises privées »).

35. Voir concl. STIX-HACKL préc. C.J.C.E., 11 mai 2006 (Carbotermo et Consorzio Alisei), C-340/04, pt. 34, relevant qu'« [il] n'est [...] pas exclu – et cela est confirmé par l'action des communes en tant qu'opérateurs économiques – que les communes puissent représenter des intérêts différents. Dans ce cas, il n'y a plus de coïncidence d'intérêts ».

36. Voir *infra*, n° 11.

37. À notre sens, l'exclusion catégorique de toute participation privée, quelles qu'en soient les conditions et les circonstances, excède en réalité largement l'objectif qu'elle s'assigne (voir également B. SCHUTYSER et K. MICLOTTE, *op. cit.*, *T. Gem.*, 2013, pp. 139-142 et 144-146, n° 16, 22, 36, 38 et 41).

38. Ainsi en va-t-il lorsque près de la moitié des parts de l'attributaire sont cédées à un opérateur privé dans la foulée de cette conclusion et qu'en outre, cette cession conditionnait le commencement de la réalisation effective de l'opération (voir C.J.C.E., 10 novembre 2005 (Commission c. Autriche), C-29/04, pts. 39 et 40).

39. C.J.C.E., 13 octobre 2005 (Parking Brixen), C-458/03, pt. 67, c), sur concl. contr. Av. gén. KOKOTT (spéc. pts. 55 à 67) qui soulignait, à juste titre selon nous, que la question devait se résoudre par le biais des modalités de désignation du partenaire privé au moment où celle-ci se réalisait.

contrôle analogue<sup>40</sup>. Elle s'est heureusement ravisée depuis en exposant qu'« [e]n règle générale, l'existence effective d'une participation privée dans le capital de la société adjudicataire doit être vérifiée au moment de l'attribution du marché public en cause » et que la « simple possibilité [que des parts d'une société soient vendues à tout moment à des tiers] puisse indéfiniment tenir en suspens l'appréciation quant au caractère public ou non du capital d'une société adjudicataire d'un marché public ne serait pas conforme au principe de sécurité juridique »<sup>41</sup>.

L'entrée ultérieure d'un organisme privé dans le capital d'une entité prestant *in house* devrait être possible si l'organisme privé a été choisi sur base de critères objectifs et transparents, ce qui implique, généralement, une mise en concurrence préalable. Cette précaution suffirait à notre sens à prévenir tout risque de fraude<sup>42</sup>.

Reste enfin à déterminer la portée précise de l'exclusion de la participation de tout opérateur privé.

La Cour a tout d'abord indiqué que celle-ci visait non seulement la participation en capital, mais également l'affiliation d'organismes privés, même lorsqu'ils ne peuvent être considérés comme des entreprises au sens du droit européen, au sein d'une association sans but lucratif<sup>43</sup>.

Faut-il considérer que cette exigence se limite à exclure la participation directe de personnes privées dans le chef de l'attributaire *in house* ou s'étend, au contraire, à sa détention par des pouvoirs adjudicateurs à capital (ou participation) mixte ? Cette question se pose avec une acuité particulière dans le cadre

de la constitution de véhicules communs à différents pouvoirs adjudicateurs<sup>44</sup>.

À notre meilleure connaissance, elle n'avait jamais été expressément tranchée par les juridictions de l'Union<sup>45</sup>.

Certaines considérations incitaient néanmoins à la prudence. Ainsi la Cour a-t-elle, dans l'affaire *Coditel*, pris le soin de relever expressément, à l'appui de la solution retenue, que « l'entité concessionnaire est une société coopérative intercommunale dont les affiliés sont des communes ainsi qu'une association intercommunale regroupant elle-même exclusivement des communes »<sup>46</sup>. Les autres arrêts se réfèrent par ailleurs généralement, pour désigner la personne de contrôle, aux notions d'autorité<sup>47</sup> ou d'entité<sup>48</sup> publiques plutôt qu'à celle de pouvoir adjudicateur.

Le Conseil d'État a en revanche décidé, quoique sous le bénéfice de l'extrême urgence<sup>49</sup>, que la participation d'autres pouvoirs adjudicateurs d'économie mixte n'interdisait pas un contrôle analogue<sup>50</sup>.

**11. Admission du contrôle conjoint.** – Si l'attribution *in house* visait initialement l'hypothèse d'un démembrement de l'entité adjudicatrice entièrement contrôlée par elle et dont les activités lui seraient dédiées<sup>51</sup>, la Cour a néanmoins admis que cette exception couvre également la création d'une structure commune où aucun pouvoir adjudicateur n'est en mesure d'exercer, seul, un contrôle analogue sur celle-ci<sup>52</sup>. Elle a précisé à cette occasion que, si ce contrôle doit être effectif, « il n'est pas indispensable qu'il soit individuel »<sup>53</sup> ; il peut également s'exercer collectivement,

40. C.J.C.E., 6 avril 2006 (ANAV), C-410/04, pts. 30 et 32 et concl. Av. gén. GEELHOED, spéc. pts. 19 et 20.

41. C.J.C.E., 10 septembre 2009 (Sea), C-573/07, pts. 47 et 49. Voir également pts. 50 et 51 (« l'ouverture du capital de celle-ci à des investisseurs privés ne peut être prise en considération que s'il existe, à ce moment-là, une perspective concrète et à court terme d'une telle ouverture » et « la simple possibilité pour des personnes privées de participer au capital de ladite société ne suffit pas pour conclure que la condition relative au contrôle de l'autorité publique n'est pas remplie », hors ces circonstances particulières). C.J.U.E., 19 juin 2014 (Centro Hospitalar de Setúbal et SUCH), C-574/12, pt. 43.

42. Cette condition pourrait à notre sens également être satisfaite, si pareille méthode est envisageable, en procédant à la sélection du partenaire privé dans le respect des exigences applicables à la passation de l'opération confiée à l'entité concernée (comp. C.J.C.E., 15 octobre 2009 (Acoset SPA), C-196/08, pts. 58 et 59).

43. C.J.U.E., 19 juin 2014 (Centro Hospitalar de Setúbal et SUCH), C-574/12, spéc. pts. 33, 34, 37 et 40 et concl. Av. gén. MENGÖZZI, précisant que « la circonstance que l'attributaire est constitué sous la forme juridique d'une association de droit privé et qu'il ne poursuit pas de but lucratif est dépourvue de pertinence [...] dès lors qu'elle n'exclut pas que l'entité attributaire en cause puisse exercer une activité économique ». Le Conseil d'État avait pour sa part admis, mais bien avant l'arrêt précité de la Cour, l'attribution *in house* à une association sans but lucratif en relevant notamment que celle-ci était dénuée de toute nature commerciale (C.E., 27 novembre 2012 (n.v. Cleanleasefortex), n° 221.540, pt. 21, 5<sup>e</sup> tiret).

44. Voir *infra*, nos 11 et 13.

45. Voir néanmoins C.J.C.E., 17 juillet 2008 (Commission c. Italie), C-371/05, pts. 27 et 28, la Cour se bornant cependant à constater que les deux autres détenteurs de capital « étaient [eux] aussi des entreprises communales ».

46. C.J.C.E., 13 novembre 2008 (Coditel Brabant), C-324/07, pt. 32.

47. Voir not. C.J.C.E., 11 janvier 2005 (Stadt Halle et RPL Lochau), C-26/03, pt. 48 ; C.J.C.E., 13 octobre 2005 (Parking Brixen), C-458/03, pt. 66 ; C.J.C.E., 10 novembre 2005 (Commission c. Autriche), C-29/04, pt. 34.

48. C.J.U.E. (gde ch.), 19 décembre 2012 (Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.), C-159/11, pt. 32. Cette notion apparaît à la fois plus étroite, en ce qu'elle exclut toute entité née de l'initiative privée, et plus large, en ce qu'elle inclut les entreprises publiques qui ne satisfont pas au critère d'activité des organismes de droit public, que celle de pouvoir adjudicateur (voir *supra*, n° 5).

49. Cette précision revêt une importance particulière en l'espèce, eu égard aux réserves expresses qu'a émises la Haute Juridiction administrative du fait de la célérité commandée par la procédure d'extrême urgence pour statuer sur les questions complexes qui lui étaient soumises (voir pt. 13 *in fine* de l'arrêt).

50. C.E., 27 novembre 2012 (n.v. Cleanleasefortex), n° 221.540, pt. 19, *in fine*.

51. Voir not. concl. Av. gén. LEGER préc. l'arrêt ARGE, C-94/99, pt. 75 (« C'est seulement dans cette hypothèse que l'on peut défendre l'idée d'un prolongement administratif de la collectivité publique, qui la dispense d'observer les règles de concurrence prescrites par la directive dans la mesure où elle choisit de réaliser elle-même les opérations économiques dont elle a besoin », nous soulignons).

52. C.J.C.E., 13 novembre 2008 (Coditel Brabant), C-324/07, pts. 31 à 40 et 43 à 50, s'agissant d'une intercommunale pur de droit belge.

53. *Ibid.*, pt. 46. Sur cet arrêt et ses implications, voir A.-L. DURVIAUX et N. THIRION, « Un simple répit ou une réelle revalorisation pour la coopération intercommunale en droit européen ? », obs. sous cet arrêt, *J.T.*, 2009, pp. 178-180 ; C. DUBOIS et I. VAN KRUCHTEN, « « In House ». Et si la solution venait de l'arrêt « Coditel Brabant »... ? », obs. sous cet arrêt, *C.D.P.K.*, 2009, pp. 98-108 ; F. VANDENDRIESSCHE, S. JOCHEMS et E. DE RAEYMAECKER, « Inbesteding : volstaat gezamenlijk toezicht ? », note sous cet arrêt, *R.A.B.G.*, 2009, pp. 397-400.

notamment au moyen d'un pacte d'actionnaires<sup>54</sup>.

Il doit néanmoins s'agir d'un pouvoir effectif. Les participations purement symboliques, qui ne confèrent aucune faculté d'influence sur la gestion de l'entité, sont exclues<sup>55</sup>.

## b. Portée du contrôle

**12. Principes.** – Le contrôle exercé sur l'attributaire doit être effectif et analogue, mais non identique<sup>56</sup>. Il s'agit néanmoins d'une exigence plus stricte que la simple influence dominante dans le cadre de la réglementation sur les marchés publics, en particulier de la qualité d'organisme de droit public ou d'entreprise liée<sup>57</sup>, ou au sens du droit des sociétés<sup>58</sup>.

Ce contrôle ne peut par ailleurs se limiter à l'opération conclue, mais requiert « une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société »<sup>59</sup>. Cette question doit s'apprécier au regard « de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes »<sup>60</sup>.

**13. Forme du contrôle.** – Celui-ci prend essentiellement deux formes, qui doivent se combiner.

Il s'entend tout d'abord d'une participation dans l'entité attributaire, que ce soit par voie de capital ou d'affiliation<sup>61</sup>. En droit belge, celle-ci implique en règle, dans toute personne morale à forme privée<sup>62</sup>, une représentation à l'assemblée générale<sup>63</sup>.

La Cour admet à cet égard que « [l]a circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, [mais] sans être

décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services »<sup>64</sup>.

Pareille participation, spécialement minoritaire, doit néanmoins se doubler d'une implication dans les organes de direction de l'attributaire permettant d'influencer, fût-ce conjointement avec d'autres, la gestion tant structurelle que fonctionnelle de cette entité<sup>65</sup>.

L'admission d'un contrôle conjoint, nécessairement partagé, et l'interdiction d'une affiliation de pure forme ne sont cependant guère aisées à concilier en pratique<sup>66</sup>.

La Cour a en tout cas requis que la participation en capital<sup>67</sup> s'accompagne d'un pouvoir au sein des organes chargés de la gestion de l'attributaire. Eu égard aux règles gouvernant la répartition des attributions entre l'assemblée générale et les organes dirigeants<sup>68</sup>, l'existence d'un contrôle analogue supposera généralement la faculté, ne fût-ce qu'en concertation avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, de désigner certains membres de ces derniers.

Pour le surplus, la question est plus délicate. La Cour a chargé la juridiction de renvoi « de vérifier si la souscription par les [collectivités adjudicatrices détenant une participation très minoritaire] d'un pacte d'actionnaires, leur conférant le droit d'être consultées, de nommer un membre du commissariat aux comptes et de désigner un conseiller d'administration en accord avec les autres collectivités concernées par ce pacte, est de nature à permettre à ces communes de contribuer effectivement au contrôle [de l'attributaire] »<sup>69</sup>, ce qu'excluait l'avocat général<sup>70</sup>. On peut ce-

54. Sur la licéité de telles conventions, voir not. A. MAETERLINCK, « La répartition des pouvoirs dans les statuts et les conventions d'actionnaires », *La création d'une société innovante – aspects juridiques et fiscaux particuliers*, Limal, Anthémis, 2012, pp. 89-98.

55. C.J.U.E., 29 novembre 2012 (Econord), C-182/11 et C-183/11, pts. 30 à 32. Sur cette question, voir plus avant *infra*, n° 13.

56. C.J.C.E., 13 novembre 2008 (Coditel Brabant), C-324/07, pt. 46; Concl. Av. gén. STIX-HACKL préc. C.J.C.E., 11 janvier 2005 (Stadt Halle et RPL Lochau), C-26/03, pt. 64; Concl. Av. gén. MENGGOZZI préc. C.J.U.E., 8 mai 2014 (Datenlotsen Informationssysteme), C-15/13, pt. 72.

57. Voir *infra*, n° 23.

58. Concl. Av. gén. STIX-HACKL préc. C.J.C.E., 11 janvier 2005 (Stadt Halle et RPL Lochau), C-26/03, pt. 72. Voir également *infra*, n° 13.

59. Voir not. C.J.C.E., 13 octobre 2005 (Parking Brixen), C-458/03, pt. 65; C.J.C.E., 11 mai 2006 (Carbotermo et Consorzio Alisell), C-340/04, pt. 36; C.J.U.E., 29 novembre 2012 (Econord), C-182/11 et C-183/11, pt. 27. Il n'est cependant pas requis que ce contrôle soit effectivement exercé en l'espèce; la simple faculté de contrôle effectif suffit (voir C.J.C.E., 17 juillet 2008 (Commission c. Italie), C-371/05, pt. 26).

60. Voir not. C.J.C.E., 13 novembre 2008 (Coditel Brabant), C-324/07, pt. 28; C.J.C.E., 10 septembre 2009 (Sea), C-573/07, pt. 65. La Cour examine parfois également à cette occasion l'existence d'une « vocation de marché » pour apprécier la présence d'un contrôle analogue mais cette question relève davantage, à notre sens, de la seconde condition de l'attribution en quasi-règle sous la réserve cependant de l'objet social de l'attributaire et des conditions d'exercice de ces activités (voir *infra*, nos 14 et 18 à 20).

61. Dans le cadre d'associations sans but lucratif, notamment.

62. Par opposition aux personnes morales de droit public créées par loi, décret ou ordonnance, dont les dispositions organiques règlent le régime, souvent propre.

63. Voir not. les art. 275, 382 et 541 du Code des sociétés et l'art. 7 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations.

64. C.J.C.E., 11 mai 2006 (Carbotermo et Consorzio Alisell), C-340/04, pt. 37. Voir également C.J.C.E., 13 novembre 2008 (Coditel Brabant), C-324/07, pt. 31 et C.J.C.E., 10 septembre 2009 (Sea), C-573/07, pt. 45.

65. C.J.U.E., 29 novembre 2012 (Econord), C-182/11 et C-183/11, pts. 27 et 33 et concl. Av. gén. MENGGOZZI, spéc. pt. 34.

66. Dans ses conclusions précédant l'arrêt Coditel (C-324/07), l'Avocat général Trstenjak faisait d'ailleurs valoir que, sauf circonstances particulières, la détention de l'ensemble du capital par des pouvoirs publics suffit à établir l'existence d'un contrôle conjoint sans qu'il y ait en principe lieu d'examiner plus avant les structures de décision internes ou les rapports de majorité (pts. 63-67, spéc. 66).

67. Le propos peut être étendu à l'affiliation à une association sans but lucratif, compte tenu de l'assimilation opérée par la Cour entre ces deux cas de figure (voir *supra*, n° 10).

68. Sont visées non seulement la répartition légale des attributions, mais également les limites s'imposant à la reconnaissance d'un pouvoir d'approbation à l'assemblée générale (voir not. A. COIBON, *Les conventions d'actionnaires en pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 86-88, n° 152-155).

69. C.J.U.E., 29 novembre 2012 (Econord), C-182/11 et C-183/11, pt. 32.

70. Concl. Av. gén. MENGGOZZI préc. l'arrêt précité, pts. 52, 53 et 65.

pendant craindre<sup>71</sup> que cette seule faculté s'avère insuffisante pour fonder un contrôle analogue au sein d'un organe collégial, même si ses membres disposent de pouvoirs de gestion concurrents à l'égard des tiers.

En pareil cas, l'emprise du commanditaire pourrait être utilement renforcée par le biais de conventions d'actionnaires comportant par exemple des engagements juridiquement contraignants quant à la gestion de l'entité chargée de la mission ou renforçant les pouvoirs de ses représentants au moyen de majorités qualifiées ou d'un droit de veto pour les décisions d'importance relatives à l'activité de l'attributaire et à son développement<sup>72</sup>.

Ce contrôle accru pourrait également résulter de la création d'organes particuliers composés des seuls représentants des associés ou membres concernés et chargés, par exemple sur une base territoriale, d'arrêter les décisions en rapport avec les missions confiées par ceux-ci<sup>73</sup>, pour autant bien entendu que pareille segmentation soit envisageable, tant juridiquement que sur le plan économique.

**14. Autonomie limitée de l'attributaire.** – L'attribution en quasi-régie suppose que l'entité chargée de ces missions ne dispose que d'une autonomie limitée à l'égard du ou des commanditaires. Outre le contrôle proprement dit, cette exigence implique également des appréciations touchant au déploiement des activités de l'attributaire<sup>74</sup>.

Cette vérification s'opère essentiellement dans le cadre du second critère, qui restreint le champ des ac-

tivités effectives de l'attributaire<sup>75</sup>, mais comporte également d'autres aspects.

Ainsi, un objet social territorialement ou matériellement limité aux missions des entités de contrôle témoigne d'une sphère d'action, et partant d'une autonomie, réduite de l'attributaire<sup>76</sup>.

De même le Conseil d'État a-t-il relevé à juste titre, selon nous, que l'application d'une tarification uniforme à l'ensemble de ses membres dénote une absence d'autonomie réelle dans l'exercice de ses missions<sup>77</sup>.

En revanche, la circonstance que d'autres opérateurs soient disposés à offrir les mêmes prestations est sans incidence sur la question<sup>78</sup>.

**15. Exclusion des sociétés à forme privée ?** – Le contrôle exigé se déduisait à l'origine de prérogatives de droit public<sup>79</sup> et la Cour s'est initialement montrée réticente à admettre les seuls rapports issus du droit des sociétés en soulignant l'autonomie de gestion reconnue à ces personnes, ce qui risquait d'exclure *de facto* l'attribution *in house* à des sociétés, spécialement de capital, constituées sous une forme de droit privé<sup>80</sup>.

Elle est heureusement revenue sur cette position, d'abord implicitement<sup>81</sup>, puis expressément<sup>82</sup>.

**16. Modalités du contrôle.** – Après avoir considéré que l'exercice d'un contrôle indirect, par l'intermédiaire d'une personne elle-même contrôlée par le pou-

71. On soulignera néanmoins que la portée de l'arrêt *Econord* ne doit pas être surestimée, la Cour ayant avant tout entendu exclure l'absence de « la moindre possibilité de participation au contrôle de [l']entité [attributaire] » dans un contexte où l'attributaire était dominé par un autre pouvoir adjudicateur du fait de son influence largement majoritaire (pts. 11, 30 et 31). Cette décision tranche par ailleurs avec la souplesse dont avait auparavant fait preuve la Cour en éludant largement la question de l'effectivité du contrôle d'un associé minoritaire en présence d'une participation majoritaire détenue par un autre pouvoir public, allant jusqu'à rappeler dans ce cadre que « [s']'agissant d'un organe collégial, la procédure utilisée pour la prise de décision, notamment le recours à la majorité, est sans incidence », mais ce pouvoir s'accompagnait il est vrai d'instances de décision spécifiques offrant un contrôle renforcé à la part minoritaire (C.J.C.E., 10 septembre 2009 (Sea), C-573/07, pts. 21 et 54-86, spéc. 54, 60, 64 et 81).

72. Sur la portée de telles clauses et leurs limites, voir not. A. COIBON, *op. cit.*, 2010, pp. 88-89 et 100, n° 159-160 et 178-179 ; A. MAETERLINCK, *op. cit.*, 2012, pp. 93 et 96-97.

73. Comme la Cour l'a relevé à l'appui de sa décision dans l'affaire *Coditel* sans toutefois l'ériger en condition nécessaire : « Ces considérations s'appliquent a fortiori dans le cas où les décisions en rapport avec les activités de la société coopérative intercommunale sont prises par les conseils de secteur ou de sous-secteur dans les limites des délégations que le conseil d'administration leur accorde. En effet, lorsqu'une ou plusieurs communes affiliées sont reconnues comme constituant un secteur ou un sous-secteur de l'activité de cette société, le contrôle que ces communes sont susceptibles d'exercer sur les questions déléguées aux conseils de secteur ou de sous-secteur est encore plus strict que celui qu'elles exercent avec l'ensemble des affiliés ou sein des organes pléniers de ladite société » (C.J.C.E., 13 novembre 2008 (Coditel Brabant), C-324/07, pt. 40, nous soulignons). Voir également C.J.C.E., 10 septembre 2009 (Sea), C-573/07, pts. 81-86, dans le contexte plus strict de l'influence majoritaire d'un autre pouvoir public.

74. Voir par ailleurs ce qui est exposé au point suivant.

75. Voir *infra*, n° 18 à 21 et 41.

76. C.J.C.E., 10 septembre 2009 (Sea), C-573/07, pts. 74-76 ; concl. Av. gén. MEGOZZI préc. C.J.U.E., 29 novembre 2012 (Econord), C-182/11 et C-183/11, pts. 56 et 59. Cependant, « le pouvoir reconnu à la société adjudicataire (...) de fournir des services à des opérateurs économiques privés [accessoirement à son activité principale] ne suffit pas pour considérer que ladite société a une vocation de marché qui rend précaire le contrôle des collectivités qui la détiennent » (C.J.C.E., 10 septembre 2009 (Sea), C-573/07, pt. 79). Sont ainsi visées les activités potentielles de l'attributaire, indépendamment de ses activités réelles. Il nous paraîtrait cependant délicat d'exclure l'attribution en quasi-régie au seul motif que l'objet social de l'attributaire permet un champ d'activités plus large que les missions qui lui sont confiées, en l'absence de tout essor en ce sens. Sans doute convient-il d'éviter que cette entité ne se mue par la suite en un opérateur développant une part sensible d'activités concurrentielles mais pareille hypothèse constituerait à notre sens une modification d'un élément essentiel du contrat obligeant à remise en concurrence (voir *supra*, n° 10).

77. C.E., 27 novembre 2012, n.v. Cleanleasefortex, n° 221.540, pt. 21, 7° tiret.

78. Concl. Av. gén. TRSTENJAK préc. C.J.C.E., 13 novembre 2008 (Coditel Brabant), C-324/07, pt. 79 et note 65.

79. Concl. Av. gén. STIX-HACKL préc. C.J.C.E., 11 janvier 2005 (Stadt Halle et RPL Lochau), C-26/03, pt. 63.

80. Voir concl. contr. Av. gén. KOKOTT préc. C.J.C.E., 13 octobre 2005 (Parking Brixen), C-458/03, pts. 66 à 68 et 72.

81. C.J.C.E., 6 avril 2006 (ANAV), C-410/04, et concl. conf. Av. gén. GEELHOED, spéc. pt. 15. Voir également C.J.C.E., 17 juillet 2008 (Commission c. Italie), C-371/05, pts. 25 et 26, qui déduisent sans plus l'existence d'un contrôle analogue de la qualité d'actionnaire majoritaire et des prérogatives qui en découlent ainsi que de la désignation d'un agent chargé de certaines missions de contrôle.

82. C.J.C.E., 10 septembre 2009 (Sea), C-573/07, pt. 41.



voir adjudicateur fragilisait le contrôle requis<sup>83</sup>, la Cour semble ensuite s'être départie de cette appréciation<sup>84</sup> quoique dans des circonstances particulières<sup>85</sup>.

L'admission d'un contrôle horizontal, exercé par un même tiers contrôlant les parties contractantes, lui a également été déferée, mais la Cour n'estima pas nécessaire d'examiner cette question dès lors que d'autres conditions n'étaient pas réunies<sup>86</sup>. L'avocat général s'était cependant prononcé en défaveur de ce cas de figure<sup>87</sup>.

**17. Exclusion des commanditaires n'exerçant aucun contrôle.** – L'attribution en quasi-régie est en revanche proscrite dans le chef d'entités n'exerçant pas, même conjointement, le contrôle requis sur l'attributaire<sup>88</sup>. Cette exception<sup>89</sup> ne permet dès lors pas de recourir, sans mise en concurrence, aux services personnalisés spécialisés d'un autre pouvoir adjudicateur soumis à son seul contrôle.

### 3.1.2. La réalisation de l'essentiel des activités avec l'entité de contrôle

**18. Principe.** – L'attributaire *in house* est également tenu de réaliser l'essentiel de ses activités avec la ou les entités qui la détiennent. Cette exigence doit traduire la dépendance économique étroite de l'entité contrôlée en contenant sa vocation de marché et l'autonomie croissante qui en résulterait<sup>90</sup> et prévenir ainsi des distorsions de concurrence<sup>91</sup>.

Les contours de cette notion sont longtemps demeurés incertains, les décisions rendues dans la foulée de l'arrêt *Teckal* ayant toutes considéré que la première condition faisait défaut<sup>92</sup>. L'arrêt *Carbotermo* a finalement apporté des précisions bienvenues, mêlant as-

pects quantitatifs et qualitatifs, tout en laissant subsister certaines zones d'ombre et en excluant tout parallélisme avec la règle propre aux opérations intra-groupe.

**19. Aspects quantitatifs : volume des prestations réalisées.** – La Cour considère que les prestations à prendre en considération sont toutes celles confiées à l'entité contrôlée par la ou les collectivités qui la détiennent, indépendamment de leur bénéficiaire<sup>93</sup> et du lieu d'exécution<sup>94</sup>.

Elle s'est en revanche délibérément refusée à définir un seuil précis en écartant l'application par analogie du seuil de 80 % applicable aux marchés entre entreprises liées dans les secteurs spéciaux<sup>95</sup>. L'on rappellera néanmoins que l'arrêt *Asemfo* a admis que la condition d'activité était remplie lorsque l'attributaire réalisait près de 90 % de son chiffre d'affaires avec ses commanditaires<sup>96</sup>.

L'activité accessoire que l'entité contrôlée développerait avec des opérateurs privés ne fait par ailleurs pas obstacle à cette exigence<sup>97</sup>.

**20. Aspects qualitatifs.** – La Cour ne s'est en revanche guère étendue sur cette question qui, selon l'avocat général, s'attache essentiellement à l'analyse de la position concurrentielle de l'attributaire et à éviter des distorsions<sup>98</sup>.

Il nous paraît cependant que sont ainsi visées les appréciations relevant de la vocation de marché de l'attributaire<sup>99</sup>.

**21. Questions ouvertes.** – La Cour n'a en revanche pas indiqué expressément si l'appréciation devait s'effec-

83. C.J.C.E., 11 mai 2006 (*Carbotermo et Consorzio Alisell*), C-340/04, pt. 39 et concl. Av. gén. STIX-HACKL, spéc. pt. 36, se montrant moins assertive.

84. Voir C.J.C.E., 19 avril 2007 (*Asemfo*), C-295/05, pt. 63 et concl. Av. gén. GIELOHOED, pts. 108 et 109. Voir également

85. Voir C.J.C.E., 18 décembre 2007 (*Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*), C-220/06, pts. 51 et 52.

86. C.J.U.E., 8 mai 2014 (*Datenlotsen Informationssysteme*), C-15/13, pts. 31 à 33.

87. Concl. Av. gén. MENDOZZI préc. cet arrêt, pts. 33 à 48, spéc. 36 et 45.

88. Voir not. C.J.C.E. (gde ch.), 9 juin 2009 (Commission c. Allemagne), C-480/06, pts. 34 à 36 ; C.J.U.E., 29 novembre 2012 (*Econord*), C-182/11 et C-183/11, pts. 30 à 32 ; C.J.U.E., 8 mai 2014 (*Datenlotsen Informationssysteme*), C-15/13, pts. 32 et 33.

89. Cette circonstance ne porte cependant pas préjudice à l'existence éventuelle d'une coopération horizontale, la Cour de justice examinant ces exceptions successivement (voir not. C.J.U.E. (ord.), 16 mai 2013 (*Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a.*), C-564/11, pts. 32 à 39).

90. C.J.C.E., 11 mai 2006 (*Carbotermo et Consorzio Alisell*), C-340/04, pt. 61.

91. *Ibid.*, pt. 59.

92. Voir concl. Av. gén. STIX-HACKL préc. C.J.C.E., 11 mai 2006 (*Carbotermo et Consorzio Alisell*), C-340/04, pt. 110.

93. Sont ainsi couvertes la collecte des déchets ménagers des particuliers ou encore la fourniture d'énergie à des résidents. Cette circonstance ne fait pas en soi obstacle à la qualification de marché public, voir not. C.J.U.E. (gde ch.), 15 juillet 2010 (Commission c. Allemagne), C-271/08, pt. 80 ; C.J.C.E., 18 janvier 2007 (Aurox e.a.), C-220/05, spéc. pts. 33, 39 et 47 ainsi que 50 et 54-56 ; C.J.U.E., 25 mars 2010 (Helmut Müller), C-451/08, pts. 49-53 ; F. VANDENDRIESSCHE et Ph. DE KEYSER, *op. cit.*, 2009, pp. 206-207, 210, n° 311, 318 ; R. VAN MEUSEN, « Le contrat de « mobilier urbain » constitue-t-il un marché public de services ? », obs. sous C.E., 31 août 2006, s.a. Clear Channel Belgium, n° 162.256, B.J.C.P., mai 2007, p. 53. Voir toutefois C.E., 10 octobre 2012, s.a. Pharmacie du Centre, n° 220.945 ; C.E., 18 octobre 2012, s.c.r.l. Bureau d'études vétérinaires du Centre, n° 221.091.

94. C.J.C.E., 11 mai 2006 (*Carbotermo et Consorzio Alisell*), C-340/04, pts. 65, 66 et 70 et concl. part. contr. Av. gén. STIX-HACKL, pts. 101, 113 et 114.

95. *Ibid.*, pts. 51 à 57 et concl. conf. Av. gén. STIX-HACKL, pts. 87 à 94. Voir déjà concl. Av. gén. STIX-HACKL préc. C.J.C.E., 11 janvier 2005 (Stadt Halle et RPL Lochau), C-26/03, pts. 92 à 95.

96. C.J.C.E., 19 avril 2007 (*Asemfo*), C-295/05, pt. 58 (« Dans l'affaire au principal, il résulte du dossier, et sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, que 99 % du capital social de Tragsa est détenu par l'Etat espagnol lui-même ainsi que par l'intermédiaire d'une société holding et d'un fonds de garantie, et que quatre communautés autonomes, disposant chacune d'une action, détiennent 1 % dudit capital », nous soulignons). Sur ce que la reconnaissance du contrôle analogue dans cette hypothèse présente une dimension particulière, voir not. A.-L. DURVAUX et T. DELVAUX, « Les coopérations entre pouvoirs publics exemptées du droit des marchés et contrats publics : consécration par le droit dérivé de l'Union européenne », *J.T.*, 2014, p. 654, n° 23.

97. C.J.C.E., 10 septembre 2009 (*Sea*), C-573/07, pts. 74-76, pts. 77 à 79, s'agissant d'un pouvoir « nécessaire à la réalisation de ses missions de service public » ; voir également C.E., 27 novembre 2012, n.v. Cleanleasefortex, n° 221.540, pt. 21, avant-dernier tiret.

98. Concl. Av. gén. STIX-HACKL préc. C.J.C.E., 11 mai 2006 (*Carbotermo et Consorzio Alisell*), C-340/04, pts. 98 et 99, dont la précision finale, se référant à une quasi-exclusivité, nous paraît cependant excessivement stricte.

99. Voir *supra*, n° 14.

tuer par référence à l'ensemble des activités de l'attributaire ou en fonction du segment d'activité concerné, ni s'il fallait s'en tenir uniquement au chiffre d'affaires, à l'exclusion d'autres facteurs tels que les revenus procurés par ces activités<sup>100</sup>.

### 3.2. Le régime particulier des opérations « intra-groupe » dans les secteurs spéciaux

**22. Objet.** – L'attribution *in house* s'est développée dans les secteurs classiques et aucun arrêt n'a consacré son application dans les secteurs spéciaux<sup>101</sup>. Sans doute faut-il y voir l'effet du régime propre de l'exclusion des opérations entre entreprises liées<sup>102</sup>, dont les conditions matérielles s'apparentent à l'exception de quasi-régie mais revêtent globalement une plus grande souplesse.

**23. Lien requis.** – L'entreprise liée s'entend de toute entreprise dont les comptes sont consolidés avec ceux du commanditaire ou qui, en l'absence de pareille obligation, est soumise, directement ou indirectement, à l'influence dominante de celui-ci « *du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent* »<sup>103</sup>.

Pareille influence est présumée en cas de détention de la majorité du capital souscrit, de la réunion de la majorité des voix attachées aux parts sociales émises ou du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise<sup>104</sup>.

**24. Modalités.** – Ce régime permet l'attribution directe de marchés, moyennant information de la Commission européenne, non seulement à une entreprise subissant, même par l'intermédiaire d'une autre entité contrôlée, cette influence dominante, mais également à l'entité de contrôle ou à des entités sœurs.

**25. Critère d'activité.** – Ces opérations ne sont exemptées que pour autant « *que quatre-vingts pour cent au moins du chiffre d'affaires moyen réalisé respective-*

*ment en matière de travaux, de fournitures ou de services par [l'attributaire] au cours des trois dernières années provienne de la prestation de ces travaux, fournitures ou services aux entreprises auxquelles elle est liée* »<sup>105</sup>.

### 3.3. Vers une coopération publique horizontale

#### 3.3.1. La reconnaissance du principe

**26. L'arrêt Commission contre Allemagne du 9 juin 2009.** – La Cour de justice ayant déjà en 2006 précisé que le droit de l'Union européenne n'impose pas aux pouvoirs adjudicateurs de recourir à une forme juridique particulière pour exercer ensemble leurs missions de service public<sup>106</sup>, la porte était ainsi ouverte pour une évolution de la coopération verticale entre pouvoirs publics, par le biais d'un contrôle conjoint sur une structure spécifique, vers une coopération horizontale, c'est-à-dire une coopération directe des pouvoirs publics en dehors de la création d'une entité séparée. Ce pas a été franchi par la Cour de justice qui, depuis l'affaire *Commission contre Allemagne* du 9 juin 2009, admet, pour la première fois et en dehors de tout fondement juridique, que les contrats (i) qui ont pour objet de permettre la mise en œuvre d'une mission de service public commune<sup>107</sup>, (ii) qui ne sont pas soumis à une rémunération<sup>108</sup> et (iii) qui sont conclus par des autorités publiques sans la participation d'organismes privés<sup>109</sup> échappent à la législation européenne sur les marchés publics. Selon la Cour de justice, cette exception n'est pas contraire à l'ouverture à la concurrence non faussée<sup>110</sup>.

**27. Application aux secteurs classiques.** – La Cour de justice a ainsi admis la coopération horizontale dans les secteurs classiques. En effet, l'affaire qui a donné lieu à cet arrêt concernait un pouvoir adjudicateur au sens de la directive 2004/18 et la Cour n'a dès lors pas abordé la question de la coopération horizontale dans les secteurs spéciaux.

100. Voir à cet égard concl. Av. gén. STIX-HACKL préc. C.J.C.E., 11 mai 2006 (Carbotermo et Consorzio Alisell), C-340/04, pts. 101, 102 et 106. Comme indiqué ci-dessus, cette appréciation doit cependant inclure le résultat des opérations réalisées avec des tiers en vertu des décisions d'attribution des entités de contrôle.

101. La Cour s'est prononcée sur l'application de ce régime aux services postaux mais à propos d'une époque où ceux-ci relevaient encore des secteurs classiques (C.J.C.E., 18 décembre 2007 (Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia), C-220/06).

102. Art. 29 et 30 de la directive 2014/25 et 52, 3°, de la loi du 15 juin 2006. Voir déjà les art. 23 de la directive 2004/17 et 13 de la directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Sur ce régime, voir également D. DE ROY, « Les entreprises publiques et leurs filiales et la législation sur les marchés publics », *Entr. et dr.*, 2001, pp. 231-250.

103. Art. 23, § 1<sup>er</sup>, de la directive 2004/18, 29, § 2, de la directive 2014/25 et 52, 3°, al. 5, de la loi du 15 juin 2006.

104. Voir les art. 2, § 1<sup>er</sup>, b), de la directive 2004/18, 4, § 2, al. 2, de la directive 2014/25 et 52, 3°, al. 5, de la loi du 15 juin 2006.

105. Article 52, 3°, al. 2, de la loi du 15 juin 2006. Voir également les art. 23, § 3, de la directive 2004/18 et 29, § 4, de la directive 2014/25. Par ailleurs, « [l]orsque des travaux, des fournitures ou des services identiques ou similaires sont prestés par plus d'une entreprise liée à l'entreprise publique ou à l'entité adjudicatrice, il faut tenir compte du chiffre d'affaires total résultant respectivement des travaux, des fournitures ou des services prestés par ces entreprises » (voir art. 52, 3°, al. 4, de la loi du 15 juin 2006 et les dispositions correspondantes des directives).

106. C.J.U.E., 11 mai 2006 (Cabotermo et Consorzio Alisell), C-340/04, pt. 37.

107. La Cour de justice souligne que le contrat concerné « instaure une coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces dernières, à savoir l'élimination des déchets » (C.J.U.E., 9 juin 2009 (Commission c. Allemagne), C-480/06, pt. 37).

108. Selon la Cour de justice, il s'agit d'un contrat qui n'entraîne pas, entre cocontractants publics, « d'autres mouvements que financiers que ceux correspondant au remboursement » de l'activité concernée (pt. 43).

109. La Cour de justice relève en effet que le contrat concerne des autorités publiques « sans la participation d'une partie privée » (C.J.U.E., 9 juin 2009 (Commission c. Allemagne), C-480/06, pt. 44).

110. Elle considère en effet que « pareille collaboration entre autorités publiques ne saurait remettre en cause l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics, à savoir la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres » (C.J.U.E., 9 juin 2009 (Commission c. Allemagne), C-480/06, pt. 47).

Bien que la portée exacte de cette décision ne soit pas toujours aisée à cerner en pratique et ait pu prêter à discussion en doctrine<sup>111</sup>, celle-ci constitue une avancée supplémentaire<sup>112</sup> quant à la reconnaissance pour les pouvoirs publics de la latitude de s'organiser librement pour l'exercice de leurs missions de service public, sans être contraints par une mise en concurrence découlant des règles du droit de l'Union<sup>113</sup>.

### 3.3.2. Le document de travail de la Commission européenne du 11 octobre 2011

**28. Généralisation de la jurisprudence de la Cour de justice.** – La Cour de justice a précisé plus avant les conditions de coopération entre autorités publiques à l'occasion de trois arrêts rendus en 2012 et 2013<sup>114</sup>. Ces arrêts font suite à la publication par la Commission européenne d'un document de travail du 11 octobre 2011 dans lequel celle-ci reprend la jurisprudence de la Cour de justice et en tire les enseignements, sans créer de nouvelles règles ou exigences, en vue d'éclaircir la portée de l'exception de coopération : bien que la décision de la Cour de justice dans l'affaire *Commission contre Allemagne* en 2009 s'appuie essentiellement sur les circonstances de faits propres à cette affaire, la Commission a estimé que les conclusions de cet arrêt en matière de coopération horizontale pouvaient être généralisées<sup>115</sup>.

Les conditions de mise en œuvre de la coopération horizontale identifiées par la Commission sont donc identiques aux conditions énoncées par la Cour de justice, telles que reprises ci-dessus.

### 29. Application aux seuls « pouvoirs adjudicateurs ».

– D'emblée, le document de travail de la Commission précise qu'il ne vise que les « pouvoirs adjudicateurs », que ceux-ci relèvent de la directive 2004/18/CE sur les secteurs classiques ou de la directive 2004/17 sur les secteurs spéciaux. Le passage suivant, figurant en note infrapaginale, mérite cependant qu'on s'y attarde :

*« la présente note ne porte que sur le comportement des 'pouvoirs adjudicateurs' au sens de la directive 2004/18/CE, et non des 'entreprises publiques' au sens de la directive 'secteurs spéciaux' ou des entreprises privées agissant en vertu de droits spéciaux ou exclusifs définis par la directive 2004/17/CE. En ce qui concerne les 'pouvoirs adjudicateurs' relevant de la définition des 'entités adjudicatrices' au sens de la di-*

*rective 'services spéciaux', il convient de noter que leur statut particulier en matière de coopération public-public n'a jamais été examiné explicitement par la Cour de justice. Les conclusions tirées pour les pouvoirs adjudicateurs en général devraient s'appliquer également, MUTATIS MUTANDIS, lorsqu'ils agissent en leur capacité d'entités adjudicatrices, sauf divergences importantes entre les règles applicables. Notons également que la directive 'services spéciaux' contient, en son article 23, des dispositions pour certains types de coopération public-public (des configurations triangulaires sont même possibles) »*<sup>116</sup>.

**30. Extension aux pouvoirs adjudicateurs dans les secteurs spéciaux.** – Il s'ensuit que les enseignements tirés par la Commission en matière de coopération horizontale concernent les pouvoirs adjudicateurs actifs dans les secteurs classiques et s'appliquent *mutatis mutandis* aux pouvoirs adjudicateurs actifs dans les secteurs spéciaux. Ne sont en revanche pas visées les entités adjudicatrices autres que les « pouvoirs adjudicateurs » au sens de la directive sur les secteurs spéciaux, sans que cela ne fasse l'objet d'une justification expresse de la part de la Commission. Cette application de l'exception de coopération horizontale aux pouvoirs adjudicateurs qui relèvent des secteurs spéciaux n'avait pas été soumise à la Cour de justice. Il s'agit d'une précision ajoutée par la Commission et reprise, à sa suite, par le législateur européen<sup>117</sup>.

**31. L'existence de divergences importantes.** – Reste que, selon la Commission, le mécanisme de coopération horizontale devrait s'appliquer dans les secteurs spéciaux « *sauf divergences importantes entre les règles applicables* ». En l'absence de plus de développement à cet égard dans le document de travail, il est permis de s'interroger sur cette précision et ses implications en pratique. Le législateur européen, muet sur la question, semble ne pas avoir tenu compte de cette précision en prévoyant les mêmes conditions d'application de l'exception dans les secteurs classiques et dans les secteurs spéciaux.

### 3.3.3. La jurisprudence ultérieure

**32. Principes** – Depuis les arrêts de la Cour de justice postérieurs au document de travail de la Commission, la coopération horizontale est comprise comme une exception à part entière<sup>118</sup>. Comme indiqué plus haut, elle concerne les contrats :

111. Voir not. M. NOEL et G. MINAIRE, « Coopération entre personnes publiques et prestations de services : une frontière ténue », *Contrats Publics*, n° 136, octobre 2013, p. 70.

112. Cette reconnaissance découle notamment de l'affaire *Stadt Halle* (C.J.U.E., 11 janvier 2005 (*Stadt Halle*), C-26/03, pt. 48).

113. A.-L. DURVIAUX et N. THIRION, *op. cit.*, J.T., 2004, pp. 17 et s. ; C. DUBOIS, *op. cit.*, M.C.P., 2014, p. 262.

114. C.J.U.E., 19 décembre 2012 (Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.), C-159/11. Pour un commentaire, voir W. ZIMMER, note sous l'arrêt, *Contrats et marchés publics*, mars 2013, p. 19 ; C.J.U.E. (ord.), 16 mai 2013 (Consulta Regionale Ingegneri della Lombardia e.a.), C-564/11 ; C.J.U.E., 13 juin 2013 (Piepenbrock), C-386/11 ; C.J.U.E., 20 juin 2013 (Consiglio Nazionale degli Ingegneri), C-352/12, pt. 2.

115. Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public ») du 4 octobre 2011, SEC(2011) 1169 final, pp. 3 à 5 et 14.

116. *Ibid.*, p. 5, note n° 9.

117. Voir *infra*, n° 45.

118. C. DUBOIS, *op. cit.*, M.C.P., 2014, p. 264.

- 1) qui « instaurent une coopération ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune [aux entités coopérantes] »<sup>119</sup> ;
- 2) qui « sont conclus exclusivement par des entités publiques, sans la participation d'une partie privée »<sup>120</sup> ;
- 3) qui ne placent « aucun prestataire privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents »<sup>121</sup> ; et
- 4) dont « la coopération qu'ils instaurent [est] uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public »<sup>122</sup>.

La Cour de justice elle-même précise que ces conditions sont cumulatives<sup>123</sup>.

**33. Distinction avec le document de travail de la Commission.** – L'on ne peut manquer d'observer une différence entre la jurisprudence de la Cour de justice et l'interprétation de la Commission telle qu'elle ressort de son document de travail. Bien que postérieurs au document de travail de la Commission, qui limite la portée de l'exception aux seuls « pouvoirs adjudicateurs », les arrêts de 2012 et 2013 de la Cour de justice se réfèrent à chaque fois à la notion d'« entité publique ». Le recours à cette terminologie laisse entendre que la Cour n'exclut pas d'étendre le champ d'application *ratione personae* de l'exception de coopération horizontale à d'autres entités que les pouvoirs adjudicateurs exclusivement visés par la Commission, telles que les entités adjudicatrices autres que les pouvoirs adjudicateurs dans les secteurs spéciaux.

La Cour ne se prononce cependant pas, dans ces arrêts, sur la coopération horizontale dans le cadre des secteurs spéciaux puisqu'à nouveau, les quatre arrêts rendus en 2012 et 2013 par la Cour de justice l'ont été dans le cadre de questions préjudicielles qui portaient toutes sur un contrat entre deux « entités publiques »

au sens de la directive 2004/18 sur les secteurs classiques.

## 4. La coopération publique dans les nouvelles directives européennes

**34. Nouveau fondement à la coopération.** – Alors que la jurisprudence de la Cour de justice en matière de coopération publique s'est développée en dehors de tout fondement juridique expresse<sup>124</sup> dans le droit des marchés publics, un tel fondement a aujourd'hui été explicitement intégré dans les nouvelles directives qui remplacent le droit dérivé qui prévalait jusqu'alors. Tant la nouvelle directive 2014/24 (secteurs classiques) que la nouvelle directive 2014/25 (secteurs spéciaux) reprennent les principes dégagés par la Cour en matière d'attribution *in house* et consacrent ceux relatifs à la coopération horizontale.

### 4.1. L'attribution *in house* et les rapports intra-groupe

**35. Aperçu général.** – Les nouvelles directives ont, dans un souci de sécurité juridique<sup>125</sup>, consacré expressément la faculté d'attribuer en quasi-régie, à côté des opérations intra-groupe dans les secteurs spéciaux, en soulignant la liberté d'organisation dont les acteurs de la commande publique doivent pouvoir bénéficier dans ce cadre<sup>126</sup>.

Bien que ces règles nouvelles figurent dans une section relative aux exclusions, il est néanmoins permis de se demander si, dans ces conditions, elles doivent encore faire l'objet d'une interprétation stricte, voire restrictive.

Ces dispositions consolident dans une large mesure les conditions dégagées par la Cour de justice, y com-

119. C.J.U.E., 19 décembre 2012 (Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.), C-159/11, pt. 34 ; C.J.U.E. (ord.), 16 mai 2013 (Consulta Regionale Ingegneri della Lombardia e.a.), C-564/11, pt. 35 ; C.J.U.E., 13 juin 2013 (Piepenbrock), C-386/11, pt. 36 ; C.J.U.E., 20 juin 2013 (Consiglio Nazionale degli Ingegneri), C-352/12, pt. 44.

120. C.J.U.E., 19 décembre 2012 (Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.), C-159/11, pt. 35 ; C.J.U.E. (ord.), 16 mai 2013 (Consulta Regionale Ingegneri della Lombardia e.a.), C-564/11, pt. 36 ; C.J.U.E., 13 juin 2013 (Piepenbrock), C-386/11, pt. 37 ; C.J.U.E., 20 juin 2013 (Consiglio Nazionale degli Ingegneri), C-352/12, pt. 44.

121. *Ibid.*

122. *Ibid.*

123. La Cour de justice relève qu'« un marché entre entités publiques ne saurait sortir du champ d'application du droit de l'Union en matière de marchés publics au titre de cette exception que si le contrat qui constate ce marché satisfait à tous ces critères » (C.J.U.E., 19 décembre 2012 (Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.), C-159/11, pt. 36 ; C.J.U.E. (ord.), 16 mai 2013 (Consulta Regionale Ingegneri della Lombardia e.a.), C-564/11, pt. 37 ; C.J.U.E., 13 juin 2013 (Piepenbrock), C-386/11, pt. 38 ; C.J.U.E., 20 juin 2013 (Consiglio Nazionale degli Ingegneri), C-352/12, pt. 45).

124. Voir *supra*, n° 3.

125. Voir les considérants 31 de la directive 2014/24 et 38 de la directive 2014/25.

126. Voir les considérants 5 à 7 de la directive 2014/24 et 7 à 9 de la directive 2014/25 (« Il convient de rappeler que rien dans la présente directive ne fait obligation aux États membres de confier à des tiers ou d'externaliser la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation d'un marché au sens de la présente directive. La prestation de services fondée sur la législation, la réglementation ou des contrats d'emploi ne devrait pas être concernée ») ainsi que les considérants 31 de la directive 2014/24 (« Il convient de rappeler que rien dans la présente directive ne fait obligation aux États membres de confier à des tiers ou d'externaliser la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation d'un marché au sens de la présente directive. La prestation de services fondée sur la législation, la réglementation ou des contrats d'emploi ne devrait pas être concernée ») et 38 de la directive 2014/25, exposant qu'« Il convient de faire en sorte que les mêmes règles s'appliquent et soient interprétées de la même façon dans le cadre de la présente directive et de la directive 2014/24/UE ».

pris la faculté de contrôle conjoint<sup>127</sup>, mais y apportent toutefois certains tempéraments.

**36. Participation limitée de personnes privées.** – Les nouvelles directives restreignent tout d'abord l'exclusion de principe de toute participation privée.

Celle-ci ne s'applique plus qu'aux participations en capital et permet dès lors d'autres formes d'affiliation privée<sup>128</sup>, notamment dans des associations sans but lucratif, pourvu bien entendu que subsiste un contrôle suffisant du ou des commanditaires.

Même une participation privée au capital est néanmoins admise lorsque celle-ci est *requise* par des dispositions nationales conformes au Traité, ce qui n'est généralement pas le cas en l'état du droit belge<sup>129</sup>, à la condition qu'elle n'implique aucune capacité de contrôle ou de blocage ni d'influence décisive sur l'attributaire<sup>130</sup>.

En outre, seules les participations directes de capital privé sont exclues<sup>131</sup>. Cette interdiction ne fait dès lors pas obstacle à une attribution directe par un commanditaire d'économie mixte ou à une entité contrôlée conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs comportant des capitaux privés<sup>132</sup>.

**37. Statut de l'attributaire.** – Les nouvelles directives précisent qu'il peut s'agir d'une « *personne morale régie par le droit privé ou le droit public* »<sup>133</sup>. La forme de droit privé de l'entité contrôlée importe dès lors peu, à condition que les conditions du contrôle analogue soient réunies<sup>134</sup>.

**38. Admission du contrôle indirect.** – Les nouvelles règles précisent par ailleurs que « *[l]e contrôle peut également être exercé par une autre personne morale,*

*qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur* »<sup>135</sup>. Elles admettent ainsi expressément, contrairement à la Cour<sup>136</sup>, un contrôle indirect aux mêmes conditions, notamment de participation privée<sup>137</sup>, que l'influence directe.

**39. Modalités du contrôle conjoint.** – Les nouvelles directives consolident pour l'essentiel l'enseignement de la Cour de justice, mais précisent à cet égard qu'« *une même personne [peut] représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux* »<sup>138</sup> dans les organes décisionnels de l'entité contrôlée.

La portée de cette condition, qui fait écho à l'arrêt *Econord*, ne doit cependant pas être mal comprise ; elle ne suffit pas à établir l'existence d'un contrôle conjoint, celui-ci supposant également que « *ces pouvoirs adjudicateurs [soient] en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée* »<sup>139</sup>.

Bien que la question soit discutable<sup>140</sup>, cette exigence doit à notre sens, en cas de doute<sup>141</sup>, pouvoir se vérifier à l'aune des circonstances concrètes<sup>142</sup>.

Sont par ailleurs désormais expressément exclus du champ d'application de la nouvelle directive 2014/24, les transferts de compétences ou de responsabilité entre pouvoirs adjudicateurs lorsque ceux-ci portent sur l'exécution de missions de service public et qu'aucune contrepartie économique n'est prévue<sup>143</sup>.

**40. Relations ascendantes et horizontales.** – Le législateur européen a également ouvert la voie de la quasi-régie à l'attribution d'un marché à l'entité de contrôle, bilatéralisant ainsi celle-ci, de même qu'à des entités

127. Voir les art. 12, § 3, de la directive 2014/24 et 28, § 3, de la directive 2014/25, précisant qu'à cette fin « *les pouvoirs adjudicateurs sont réputés exercer un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :*

1) *les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;*

2) *ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ; et*

3) *la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent* » (sur la portée de cette précision, voir not. A.-L. DURVIAUX et T. DELVAUX, *op. cit.*, J.T., 2014, p. 652, n° 13).

128. E. SLAUTSKY et N. BRAECKEVELT, « *Droit européen des marchés publics, quasi-règles et coopérations entre pouvoirs publics : l'apport des nouvelles directives* », M.C.P., 2014, p. 11, n° 19.

129. A.-L. DURVIAUX et T. DELVAUX, *op. cit.*, J.T., 2014, p. 653, n° 19.

130. Voir les art. 12, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, c) et § 2, de la directive 2014/24 et 28, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, c) et § 2, de la directive 2014/25. Le législateur européen a, ce faisant, entendu prendre en considération les « *caractéristiques particulières des organismes de droit public à adhésion obligatoire, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics* » (considérant 32 de la directive 2014/24).

131. *Ibid.*

132. Voir également en ce sens E. SLAUTSKY et N. BRAECKEVELT, *op. cit.*, M.C.P., 2014, p. 12, n° 20 *in fine*. Les nouvelles directives ouvrent de surcroît l'attribution en quasi-régie à tout « *pouvoir adjudicateur* », ce qui englobe les organismes de droit public à participation mixte (voir *supra*, n° 5).

133. Voir les art. 12, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24 et 28, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/25.

134. Contrairement à ce qu'avait décidé la Cour de justice dans un premier temps (voir *supra*, n° 15).

135. Voir les art. 12, § 1<sup>er</sup>, al. 2, de la directive 2014/24 et 28, § 1<sup>er</sup>, al. 2, de la directive 2014/25.

136. Voir *supra*, n° 10.

137. Partant, un contrôle par l'intermédiaire d'une entité à capital mixte est en principe exclu.

138. Art. 12, § 3, al. 1, de la directive 2014/24 et 28, § 3, al. 2, i), de la directive 2014/25.

139. Art. 12, § 3, al. 2, ii), de la directive 2014/24 et 28, § 3, al. 2, ii), de la directive 2014/25. Les directives précisent *expressis verbis* qu'il s'agit d'exigences cumulatives.

140. On pourrait en effet considérer que la désignation d'un ensemble de représentants ouvrant une maîtrise commune de l'organe de gestion confère à ces pouvoirs adjudicateurs une faculté de contrôle conjoint qui suffit, pour autant que la troisième condition, imposant que « *la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent* », soit remplie.

141. Essentiellement dans l'hypothèse d'une participation très minoritaire ou d'une participation dominante de l'un des pouvoirs adjudicateurs.

142. Voir plus avant sur cette question *supra*, n° 13 *in fine*.

143. Voir l'art. 1<sup>er</sup>, § 6, de la directive 2014/24.

« sœurs » contrôlées par un même pouvoir adjudicateur que le commanditaire<sup>144</sup>.

**41. Critère d'activité.** – Les nouvelles directives ont opté pour une approche purement quantitative sur le modèle des marchés passés entre entreprises liées, que la Cour avait refusé d'appliquer par analogie<sup>145</sup>.

Désormais, il convient que « *plus de 80 % des activités de [l'entité attributaire soient] exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le [ou les] pouvoir[s] adjudicateur[s] qui la contrôle[nt] ou par d'autres personnes morales qu'il[s] contrôle[nt]* »<sup>146</sup>. En l'absence d'indications contraires, cette condition doit à notre sens s'apprécier par référence à l'ensemble des activités de l'attributaire et non par secteur d'activité concerné<sup>147</sup>.

L'application de cette exigence aux opérations ascendantes ou horizontales est toutefois incertaine<sup>148</sup>.

**42. Coexistence avec le régime des opérations intra-groupe dans les secteurs spéciaux.** – L'attribution *in house* est réservée aux opérations passées par des pouvoirs adjudicateurs, à l'exclusion des autres entités adjudicatrices dans les secteurs spéciaux. Sans doute cette circonstance s'explique-t-elle par le maintien du régime particulier, globalement moins strict<sup>149</sup>, des rapports intra-groupe qui bénéficie également à ces dernières.

Aussi le recours à l'attribution en quasi-régie dans les secteurs spéciaux n'aura-t-il en pratique d'intérêt que dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur<sup>150</sup> souhaiterait attribuer directement un marché à une entité soumise à un contrôle analogue<sup>151</sup> mais ne satisfaisant pas aux conditions spécifiques d'activité applicables, que ce soit dans le cadre d'une relation ascendante ou

horizontale<sup>152</sup> ou d'un rapport de contrôle propre, fût-il indirect<sup>153</sup>.

## 4.2. La coopération horizontale

### 4.2.1. L'article 28 de la directive 2014/25 sur les secteurs spéciaux

**43. Conditions.** – L'article 28.4 de la directive autorise, enfin, expressément les pouvoirs adjudicateurs à coopérer en dehors du droit des marchés publics aux conditions qu'il édicte. Il dispose comme suit : « *Un marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :*

- 1) *le marché établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ;*
- 2) *la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ; et*
- 3) *les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération. »*

**44. Innovations.** – Il y a, avant tout, lieu d'observer que le législateur européen a, pour l'essentiel, consacré les conditions jurisprudentielles énoncées ci-dessus tant dans la directive 2014/24/UE que dans la directive 2014/25. Il a néanmoins innové à plusieurs égards.

Tout d'abord, là où la Commission<sup>154</sup> et la Cour de justice<sup>155</sup> envisageaient une coopération en vue de remplir conjointement des *missions* de service public communes, le législateur européen n'exige plus que l'exercice conjoint de missions réalisées en vue d'at-

144. Voir les art. 12, § 2, de la directive 2014/24 et 28, § 2, de la directive 2014/25.

145. Voir *supra*, n° 19.

146. Voir les art. 12, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, b) et § 3, al. 1<sup>er</sup>, b), de la directive 2014/24 et 28, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, b) et § 3, al. 1<sup>er</sup>, b), de la directive 2014/25 (nous soulignons), étant entendu que : « Le pourcentage d'activités visé (...) est déterminé en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale ou le pouvoir adjudicateur concerné pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du marché.

Lorsque, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou du pouvoir adjudicateur concerné ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou un autre paramètre fondé sur les activités tel que les coûts, n'est pas disponible pour les trois dernières années ou n'est plus pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités » (art. 12, § 5, de la directive 2014/24 et 28, § 5, de la directive 2014/25).

147. *Contra*, quoique prudemment, E. SLAUTSKY et N. BRAECKEVELT, *op. cit.*, M.C.P., 2014, p. 13, n° 26, considérant que « [d'un point de vue économique, il serait vraisemblablement plus logique de retenir cette dernière approche ». Cette solution avait été rejetée par l'avocat général STIX-HACKL dans ses conclusions précédant l'arrêt *Carbothermo* (11 mai 2006, C-340/04, pts. 101 et 102) aux motifs qu'il s'agit d'une exception d'interprétation stricte. Nous doutons cependant que cette objection puisse être maintenue comme telle (voir *supra*, n° 35). En revanche, l'attribution en quasi-régie procède de l'existence d'un contrôle, consacrée par le législateur, auquel la dépendance économique de l'attributaire ressortit (voir *supra*, n° 18), d'autant qu'une solution textuelle différente est retenue pour les opérations intra-groupe dans les secteurs spéciaux (voir *supra*, n° 25).

148. Voir également E. SLAUTSKY et N. BRAECKEVELT, *op. cit.*, M.C.P., 2014, p. 13, n° 28, penchant pour la négative. Tel est cependant le cas dans le régime voisin des opérations intra-groupe (voir l'art. 29, § 2, al. 1<sup>er</sup>, a) et c), § 3, a) et § 4, de la directive 2014/25).

149. Voir *supra*, spéc. n° 23.

150. Auquel s'applique également le régime des rapports intra-groupe (voir les art. 4, § 1<sup>er</sup>, a) et 29, § 3, de la directive 2014/25).

151. Et partant à une influence dominante, cette notion étant plus large (voir *supra*, n° 12).

152. À supposer pareille exigence applicable à ces hypothèses.

153. Il peut en effet arriver que l'attributaire ne satisfasse pas au seuil requis dans le cadre du secteur d'activités concerné (travaux, fournitures ou services) mais bien au regard du volume total de ses activités, tous secteurs confondus, comme doit à notre sens s'entendre l'attribution *in house*.

154. Document de travail de la Commission du 4 octobre 2011, p. 14.

155. C.J.U.E., 19 décembre 2012 (Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.), C-159/11, pt. 34 ; C.J.U.E. (ord.), 16 mai 2013 (Consulta Regionale Ingegneri della Lombardia e.a.), C-564/11, pt. 35 ; C.J.U.E., 13 juin 2013 (Plepenbrock), C-386/11, pt. 36 ; C.J.U.E., 20 juin 2013 (Consiglio Nazionale degli Ingegneri), C-352/12, pt. 44.

teindre des *objectifs communs*, c'est-à-dire, à notre sens, même si les missions réalisées par les deux partenaires sont *distinctes*<sup>156</sup>. Ensuite, les nouvelles directives fixent à présent toutes deux un seuil maximal de 20 % concernant les activités concurrentielles réalisées par le pouvoir adjudicateur qui souhaite recourir à l'exception. Enfin, le préambule de la directive 2014/24 autorise l'extension du mécanisme de coopération à des pouvoirs adjudicateurs qui comprennent une participation de capitaux privés, aucune considération similaire n'étant cependant énoncée dans la directive 2014/25<sup>157</sup>.

**45. Consécration dans les secteurs spéciaux.** – S'agissant de l'application de la coopération horizontale dans les secteurs classiques et spéciaux, une comparaison de l'article 12.4 de la directive 2014/24/UE avec l'article 28.4 de la directive 2014/25/UE révèle que les dispositions relatives à l'exception de coopération sont identiques dans les deux secteurs. Il s'ensuit qu'il convient, comme le relevait déjà la Commission dans son document de travail, de réserver la même interprétation aux dispositions de la directive 2014/24 et de la directive 2014/25 en matière de coopération horizontale. Il s'agit d'ailleurs d'une exigence dorénavant voulue par le législateur lui-même<sup>158</sup>.

**46. Justification.** – Comme exposé plus haut, la jurisprudence de la Cour de justice, rendue dans le cadre des secteurs classiques, ne traitait pas de l'application de l'exception de coopération horizontale dans les secteurs spéciaux. En autorisant les pouvoirs adjudicateurs qui relèvent de la notion d'entité adjudicatrice au sens de la directive 2014/25 à y recourir, le législateur européen a vraisemblablement suivi les recommandations de la Commission. Celles-ci exposaient que, bien que la Cour ne se soit pas prononcée à ce sujet, « [l]es conclusions tirées pour les pouvoirs adjudicateurs en général devraient s'appliquer également, mutatis mutandis, lorsqu'ils agissent en leur capacité d'entités adjudicatrices »<sup>159</sup>.

C'est précisément ce qu'a fait le législateur européen en étendant la portée de la coopération horizontale aux pouvoirs adjudicateurs visés par la directive 2014/

25. Il précise, à cet égard, dans le préambule de la directive 2014/25/UE, se référant à la jurisprudence de la Cour de justice en la matière, que « *cette jurisprudence s'appliquerait également aux pouvoirs publics lorsqu'ils opèrent dans les secteurs couverts par la présente directive* »<sup>160</sup>. Il ne s'est toutefois pas risqué à étendre l'exception à d'autres entités adjudicatrices que les pouvoirs adjudicateurs.

**47. Perspectives d'évolution.** – Cette position n'exclut cependant pas que la Cour de justice étende encore, à l'avenir, la portée de la coopération horizontale à d'autres entités publiques que les pouvoirs adjudicateurs, notamment à l'occasion d'un cas d'espèce concernant des entités adjudicatrices telles que des entreprises publiques ou des entreprises privées bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux au sens de la directive 2014/25<sup>161</sup>.

Les arrêts de la Cour de justice auxquels il a précédemment été fait référence, bien que ne concernant que des affaires rendues en matière de secteurs classiques, n'excluent en effet pas l'application des principes qui y sont dégagés aux secteurs spéciaux. Au contraire, la Cour de justice ne semble pas limiter sa jurisprudence en matière de coopération horizontale aux seuls pouvoirs adjudicateurs puisque, dans les quatre décisions concernées, la Cour retient à chaque fois la notion d'« entité publique » plutôt que celle de « pouvoir adjudicateur ».

#### 4.2.2. Pouvoirs adjudicateurs vs. (autres) entités adjudicatrices

**48. Les entreprises exclues.** – Il est permis de s'interroger sur l'exclusion des « entreprises publiques » et « entreprises privées qui bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs » du champ d'application de la coopération horizontale. Pourquoi ces entités ne sont-elles pas, à l'instar des pouvoirs adjudicateurs, explicitement dispensées de la mise en concurrence à laquelle les soumet le droit des marchés publics dans le cadre des contrats de coopération qu'elles concluraient avec d'autres entités adjudicatrices ?

156. À cet égard, on relèvera l'article 156ter, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques qui autorise à la SNCB à conclure une convention de coopération avec Infrabel pour l'exercice conjoint de leurs missions de service public liées à la sécurité (« La SNCB conclut avec Infrabel une convention de coopération dont l'objet est d'assurer l'exercice conjoint de leurs missions de service public liées à la sécurité. Cette convention définit la stratégie commune de la SNCB et d'Infrabel, notamment en ce qui concerne le type et l'étendue de la collaboration, ses modalités financières, les obligations réciproques des parties et le suivi de la convention. »). La même disposition est applicable à Infrabel en vertu de l'article 199quater de la même loi.

Ces dispositions ont été insérées dans la loi du 21 mars 1991 précitée par les articles 11 et 31 de l'arrêté royal du 11 décembre 2013 dont le rapport au Roi précise que « (b)ien que les missions des deux sociétés soient distinctes, elles nécessitent néanmoins une stratégie commune et une uniformité dans leur coordination afin d'atteindre une efficacité optimale en matière de sécurité sur le domaine ferroviaire, tel que le prévoit l'article 156, 7°. Dans ce contexte, l'article 156ter prévoit que la (nouvelle) SNCB et Infrabel concluront une convention de coopération dans laquelle elles fixeront les conditions et les modalités de leur collaboration. Cet accord ne sera guidé que par l'intérêt public ».

157. Voir *infra*, n° 53.

158. Voir le considérant 38 de la directive 2014/25 : « Étant donné que cette jurisprudence s'appliquerait également aux pouvoirs publics lorsqu'ils opèrent dans les secteurs couverts par la présente directive, il convient de faire en sorte que les mêmes règles s'appliquent et soient interprétées de la même façon dans le cadre de la fois de la présente directive et de la directive 2014/24/UE. »

159. Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (« coopération public-public ») du 4 octobre 2011, SEC(2011) 1169 final, p. 5, note n. 9.

160. *Ibid.*

161. Sur l'exclusion des personnes privées détenant un droit exclusif de l'exception de coopération, voir not. C.J.U.E., 8 mai 2014 (Technische Universität Hamburg-Harburg), C-15/13, pts. 16 et 34.

**49. Les entreprises « privées ».** – Si l'exclusion des entreprises « privées » peut à la rigueur se comprendre, eu égard notamment à la nature du mécanisme de coopération horizontale qui suppose que les deux parties au contrat soient des entités « publiques »<sup>162</sup>, il est moins évident de déceler les raisons pour lesquelles l'exception de coopération horizontale prévue par la nouvelle directive ne comprend pas également les « entreprises publiques ». Aucune justification n'a été apportée à cet égard par le législateur européen lors de l'adoption de l'article 28<sup>163</sup>.

**50. Les entreprises « publiques ».** – L'exclusion des entreprises publiques au sens de la directive 2014/25 pourrait, à première vue, s'expliquer par la circonstance qu'elles font souvent en pratique l'objet d'une participation significative de capitaux privés<sup>164</sup>, ce qui leur ôterait la qualité de coopérateur « public ».

Les nouvelles directives permettent cependant à tout pouvoir adjudicateur, dont les organismes de droit public, de recourir à l'exception de coopération horizontale, même s'ils comportent une participation de capitaux privés<sup>165</sup>. À l'inverse, l'absence de participation de capitaux privés était posée en condition à l'application de l'exemption, tant par la Cour de justice que par la Commission<sup>166</sup>. Le législateur s'est, donc, sensiblement écarté de l'application traditionnelle de l'exception.

**51. Les raisons de l'exclusion.** – Tout comme il n'y a, à notre estime, plus de motifs qui justifient d'exclure les pouvoirs adjudicateurs qui comportent une participation de capitaux privés, nous n'apercevons guère les raisons qui permettraient de soustraire les entreprises publiques de la coopération horizontale dans les secteurs spéciaux en raison de la structure de leur capital.

L'explication de la distinction entre pouvoirs adjudicateurs et autres entités adjudicatrices opérée par le législateur européen en matière de coopération horizontale réside sans doute dans d'autres considérations. Il se pourrait simplement que, le mécanisme de coopération étant, en tant qu'exception, d'interprétation stricte, le législateur européen, qui a déjà étendu l'exception de coopération horizontale aux pouvoirs

adjudicateurs actifs dans les secteurs spéciaux sans en exclure les entités d'économie mixte, ait estimé devoir se limiter à ces innovations.

**52. Une exclusion étendue.** – Si le législateur européen a donc strictement intégré la jurisprudence de la Cour de justice en limitant la portée de l'exception aux seuls pouvoirs adjudicateurs, il a non seulement visé les pouvoirs adjudicateurs dans les secteurs classiques, qui faisaient l'objet de la jurisprudence de la Cour, mais également, conformément à ce que préconisait la Commission, les pouvoirs adjudicateurs dans les secteurs spéciaux.

Reste à déterminer dans quelle mesure cette exception peut jouer au profit de pouvoirs adjudicateurs comportant des capitaux privés.

#### 4.2.3. Participation de capitaux privés

**53. Principe.** – Comme indiqué plus haut, la directive 2014/24 permet expressément à un pouvoir adjudicateur d'économie mixte, ce qui peut advenir dans le cas d'un organisme de droit public, de se prévaloir de l'exemption concernant la coopération horizontale lorsque toutes les autres conditions prévues par la directive sont réunies<sup>167</sup>. Cette faculté n'a pas été explicitée dans la directive 2014/25.

**54. Difficultés.** – En étendant l'exception à des pouvoirs adjudicateurs comportant des capitaux privés dans les secteurs classiques, le législateur européen s'est écarté de la jurisprudence de la Cour de justice. Il a donné une portée plus large à la coopération horizontale. Si cette extension nous paraît heureuse en soi, elle soulève néanmoins une difficulté d'interprétation au regard de la directive 2014/25 dont le préambule ne contient pas de précision similaire.

**55. Interprétation préconisée.** – Il importe néanmoins d'observer que, bien que non expressément prévue, la faculté pour un pouvoir adjudicateur d'économie mixte de recourir à l'exception de coopération horizontale n'a pas été exclue par la directive 2014/25. Au contraire, elle découle à notre sens directement du texte-même de ses dispositions, qui sont seules revêtues d'une valeur normative. Si le préambule de la di-

162. Encore que cette exception repose sur une logique de service public, qui peut également être assuré par des personnes organiquement privées, spécialement en droit européen.

163. Voir la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux – DOC 2011/0439(COD).

164. Il n'en va pas nécessairement ainsi, celles-ci s'entendant de « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété de cette entreprise, de la participation financière qu'ils y détiennent ou des règles qui la régissent.

L'influence dominante des pouvoirs adjudicateurs est présumée dans tous les cas suivants lorsque ces pouvoirs, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise :

1) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ;

2) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ;

3) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise. »

Cette définition n'exclut pas une société dont le capital serait intégralement détenu par les pouvoirs publics.

165. Pour autant bien entendu que toutes les autres conditions prévues soient respectées.

166. Voir *supra*, n°s 26, 28 et 32.

167. Voir le considérant 32 de la directive 2014/24 qui dispose notamment comme suit : « Il convient également de préciser que les pouvoirs adjudicateurs tels que les organismes de droit public, qui peuvent comporter une participation de capitaux privés, devraient être en mesure de se prévaloir de l'exemption concernant la coopération horizontale. Par conséquent, lorsque toutes les autres conditions relatives à la coopération horizontale sont remplies, l'exemption en la matière devrait également s'appliquer à ces pouvoirs adjudicateurs, dans le cas où le marché est conclu exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs. »



rective 2014/25 ne prévoit pas la même possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs qui opèrent dans les secteurs spéciaux, son article 28.4 relatif à la coopération horizontale est néanmoins en tout point identique à l'article 12.4 de la directive 2014/24 qui en constitue le pendant dans les secteurs classiques. En outre, le considérant 38 de la première précise expressément qu'« il convient de faire en sorte que les mêmes règles s'appliquent et soient interprétées de la même façon dans le cadre à la fois de la présente directive et de la directive 2014/24/UE »<sup>168</sup>.

Il s'ensuit que les pouvoirs adjudicateurs qui relèvent de la directive 2014/25 devraient également pouvoir recourir à la coopération horizontale, même lorsqu'ils comportent des capitaux privés<sup>169</sup>.

## 5. Conclusion

**56. Observations finales.** – La soumission de principe des contrats conclus entre entités adjudicatrices a fait l'objet de tempéraments jurisprudentiels dont la rigueur portait néanmoins atteinte, à certains égards, à la libre organisation des missions d'intérêt général ou de service public par les acteurs de la commande publique.

Le législateur européen est venu consacrer, en particulier dans les secteurs spéciaux, et affiner, voire élargir, les exemptions prétorienne dégagées par la Cour de justice en réaffirmant cette liberté.

Ces nouvelles règles reconnaissent expressément aux pouvoirs adjudicateurs actifs dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux la faculté d'attribuer des marchés, sans mise en concurrence, à des entités sur lesquelles ils exercent, même indirectement ou conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle analogue à celui dont ils disposent à l'égard de leurs propres services et qui réalise plus de 80% du volume financier de leurs activités ou le commanditaire ou l'ensemble des entités qui la détiennent. Les nouvelles directives permettent également la coopération tendant à la réalisation, sans véhicule interposé, d'objectifs communs et déterminés par des considérations de service ou d'intérêt public.

Elles restreignent à cet égard sensiblement la portée de l'exclusion de toute participation privée dans le cadre de tels rapports.

Ces régimes ne portent par ailleurs pas préjudice au régime souple des opérations intra-groupe propres aux secteurs spéciaux, avec lequel ils cohabitent.

L'heure est désormais à la coopération élargie entre les entités publiques et parapubliques. Reste en revanche ouverte la question de savoir si elles pourront se prévaloir de ces dispositions nouvelles, spécialement celles qui s'écartent de la jurisprudence antérieure<sup>170</sup>, en l'absence de transposition<sup>171</sup>.

168. Considérant 38 de la directive 2014/25.

169. Sans doute le préambule de la directive 2014/25 renvoie-t-il, dans le cadre de l'interprétation identique voulue, à la jurisprudence de la Cour de justice qui, comme exposé plus haut, n'a jamais admis la coopération horizontale dans le cadre des secteurs spéciaux. Dans la mesure où les directives redéfinissent certaines conditions de la coopération horizontale et que la portée de celles-ci se veut identique quel que soit le secteur d'activité, cette précision ne fait pas obstacle à notre sens à l'extension de la coopération horizontale aux pouvoirs adjudicateurs d'économie mixte dans les secteurs spéciaux.

170. La question ne paraît pas poser problème pour les solutions admises par la jurisprudence, se fondant pour partie sur une interprétation de la notion de marchés publics (voir *supra*, n° 7). Elle est en revanche plus douteuse pour les questions non tranchées ou, davantage encore, pour les cas de figure exclus auparavant, encore que la Cour n'hésite pas à anticiper sur l'évolution législative.

171. Voir également L. DURVIAUX et T. DELVAUX, *op. cit.*, J.T., 2014, p. 654, n° 24. Comp F. VANDENDRIESSCHE et Ph. DE KEYSER, *op. cit.*, 2009, p. 232, n° 363.